DIE EMPFANGSMITTELUNG

Dissertation

zur

Erlangung des juristischen Doktorgrades

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Universität Breslau

vorgelegt von

Gerhard Nehlert

1941

Druckerei wissenschaftlicher Werke Konrad Triltsch, Würzburg

Gedruckt mit Genehmigung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau

Berichterstatter: Professor Dr. Fischer, Breslau

R. UNIV
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. *Einleitung* 1

I. Abgrenzung des Themas 1

II. Geschichtliches 1

§ 1. Die Möglichkeit einer Empfangsmittelung 2

I. Beim Vertrag 3

II. Beim einseitigen Rechtsgeschäft 3

III. Bei geschäftsähnlichen Rechtshandlungen 3

IV. Bei Realakten 4

V. Bei Besitzerwerb 4

§ 2. Die gesetzlichen Bestimmungen über Empfangsvertretung und Empfangsbotenschaft 4

I. Der Empfangsvertreter 7

II. Der Empfangsbote 5

B. *Kritik an der herrschenden Lehre und Nachweis, daß es keine Empfangsvertretung gibt* 6

§ 3. Das Wesen des Handelns für einen anderen 6

I. Der Erklärungsvertreter 6

II. Der Absendungsbote 7

§ 4. Das Wesen der Empfangsmittelung 7

I. Der Empfangsvertreter 7

a) Das Fehlen der Willensbetätigung 7

b) Die Bedeutungslosigkeit eines Empfangswillens 8

c) Das Einverständnis nach § 180 Satz 3 9

d) Zusammenfassung 9

II. Der Empfangsbote 10

III. Gegenüberstellung 10

Seite

§ 5. Unterschiede in den unmittelbaren Folgen von Empfangsvertretung und Empfangsbotenschaft 11

I. Die Geschäftsfähigkeit 13

a) des Empfangsvertreters nach der herrschenden Meinung 13

b) des Empfangsboten nach der herrschenden Meinung .. 13

c) die Ansicht Rosenbergs 13

1. Geschäftsunfähigkeit und Willensunfähigkeit 13

2. Der gesetzgeberische Grund des § 165 14

d) Ihre Anwendung auf die Empfangsvertretung 15

1. Unbeachtlichkeit der Willens- und Erklärungsunfähigkeit des Empfangsvertreters 15

2. Der gesetzgeberische Grund des § 165 läßt einen geschäftsunfähigen Empfangsvertreter zu 15

3. Die Folgerungen dieser Ansichten; Begriffsbestimmung der Übermittelungsfähigkeit 16

e) Die Übermittelungsfähigkeit des Empfangsboten 18

f) Gegenüberstellung 19

II. Der Unterschied in der Beurteilung der Folgen von Willensmängeln und Kenntnis 19

a) Die Anwendung des § 166 Abs. I nach der herrschenden Lehre 19

1. Der allgemeine Grundsatz des § 166 20

2. Die Unanwendbarkeit des § 166 auf die Botenschaft 20

b) Die Unanwendbarkeit des § 166 Abs. I auf die Empfangsvertretung 21

c) ebenso des § 166 Abs. II 21

d) Zusammenfassung 22

§ 6. Der Unterschied zwischen Empfangsvertretung und Empfangsbotenschaft im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der empfangenen Willenserklärung 22

I. Der Zeitpunkt des Wirksamwerdens einer empfangsbedürftigen Willenserklärung 22

a) Die Ansichten im Schrifttum:

1) — 6) Folgerungen aus § 130 23

b) Die richtige Ansicht:
Widerlegung der Schlüsse zu 1) — 6) 24

II. Die Wirksamkeit einer mit Hilfe des Empfangsmittlers abgegebenen Willenserklärung 26

a) Beim Empfangsvertreter 26

b) Beim Empfangsboten 26

1. Meinungen des Schrifttums 27

Seite

aa) Nichtverkörperte Erklärungen an einen Empfangsboten 27
aaa) sind für den Erklärungsempfänger solche unter Anwesenden 27
bbb) sind solche unter Abwesenden, bedürfen aber der Ausrichtung 27
ccc) müssen nur im Geschäftsbereich des Erklärungsempfängers abgegeben sein 29
bb) Verkörperte Erklärungen an den Empfangsboten 29
cc) Gegenüberstellung der Ergebnisse dieser Ansichten 31
2. Die Ansicht des Verfassers 32

C. *Die Auswirkungen der aufgestellten Ansicht* 34

§ 7. Welche Personen sind Empfangsboten? 34

I. Die Sonderermächtigung zum Empfang einer bestimmten Willenserklärung 35

II. Die Allgemeinermächtigung 36

a) zum Handeln 37

b) zum Empfang 37

1. Das ermächtigende Rechtsverhältnis 38

2. Der örtliche Machtbereich 39

3. Das Aufgabengebiet 39

III. Unmöglichkeit eines nichtermächtigten Empfangsboten .. 41

IV. Gegenüberstellung 43

§ 8. Die anomale Empfangsbotentätigkeit 43

I. Die Willenserklärung wird garnicht überbracht 43

II. Die Stellung des Erklärenden bei entstellter Überbringung 44

a) keine Nichtigkeit 44

b) keine Wirksamkeit in der entstellten, sondern in der erklärten Form 44

c) keine Anfechtung 45

III. Stellung des Erklärungsempfängers 46

IV. Die absichtliche Entstellung 47

V. Folgen dieser Erörterungen 47

§ 9. Die Vereitelung des Zuganges an den Empfangsboten 48

I. Arglistiges Verbot des Erklärungsempfängers, Willenserklärungen zu empfangen 48

a) Die Willenserklärung gelangt überhaupt nicht in die Verfügungsgewalt des Empfangsboten 49

Seite

b) Die Willenserklärung gelangt verspätet in seine Verfügungsgewalt 50

II. Die nur schuldhafte, nicht arglistige Vereitelung 51

III. Die Verpflichtung zur Bestellung eines Empfangsboten .. 52

IV. Das berechtigte Verbot, Erklärungen zu empfangen 52

V. Die selbständige Weigerung des Empfangsboten, Erklärungen zu empfangen 52

§ 10. Die Vereitelung der Ausrichtung der Willenserklärung vom Empfangsboten an den Erklärungsempfänger 53

§ 11. Die verspätete Ausrichtung einer rechtzeitig abgegebenen Willenserklärung 53

D. Schluß: *Die Anwendung findenden Rechtssätze* 54

Verzeichnis des benutzten Schrifttums 55

A. Einleitung.

I. Bei dem rechtsgeschäftlichen Handeln für einen anderen lassen sich zwei große Gruppen von Fällen unterscheiden:

Einmal kann der Erklärende in eigenem Namen, aber fremdem Interesse handeln; der Geschäftsgegner weiß dabei nicht, in wessen Interesse der Erklärende handelt. Dann liegt ein Fall der mittelbaren Stellvertretung vor; die Folge ist, daß der, in dessen Interesse gehandelt wird, zunächst weder berechtigt noch verpflichtet wird; gesetzlich geregelte Fälle einer solchen mittelbaren Stellvertretung gibt es im BGB. nicht — lediglich § 164 Abs. 2 läßt den, der nicht zu erkennen gibt, daß er für einen anderen handelt, wie einen mittelbaren Vertreter, das heißt als Selbstpartei haften. Dagegen finden sich die Fälle gesetzlich geregelter mittelbarer Stellvertretung in anderen Gesetzen, insbesondere dem HGB.

Der Erklärende kann aber auch in fremden Namen und fremdem Interesse tätig werden; dann liegt entweder unmittelbare Stellvertretung oder Botenschaft vor. Bei diesen beiden unterscheidet man wieder nach der Tatsache, ob der Handelnde eine Erklärung abgibt oder in Empfang nimmt. Daraus ergibt sich eine Unterscheidung in Erklärungsvertreter und Absendungsboten einerseits und Empfangsvertreter und Empfangsboten andererseits. Die vorliegende Arbeit behandelt nur die Frage des Empfangsvertreters und Empfangsboten.

II. Das alte römische Recht kannte eine Vertretung überhaupt nicht: Soweit eine Person am eigenen Handeln verhindert war, handelten die ihr Gewaltunterworfenen, die Sklaven und Hauskinder, für sie; das ist jedoch nicht als Stellvertretung aufzufassen, da diese keine eigene Rechtspersönlichkeit besaßen, sondern ipso iure für den Hausherrn erwarben. Erst in der Kaiserzeit bildete sich in der Person des procurator eine vertretungsähnliche Erscheinung, die allgemeine Ausdehnung im quasiprocurator erhielt; der procurator konnte aber nur Besitz und Eigentum mit Wirksamkeit für den Herrn erwerben. Auf dem Gebiete des Schuldrechts blieb nach wie vor der Vertragsschließende, also der Vertreter, der unmittelbar Verpflichtete, wenn auch durch prätorisches Edikt die adiektizischen Klagen gegen den Vertretenen gegeben wurden.

Der Bote war dem römischen Recht unter dem Begriff des nuntius bekannt. Es stellte ihn begrifflich der epistola gleich, unterschied ihn aber von einer anderen Rechtsfigur, die wohl eine freiere, vertreterähnliche Stellung gehabt haben muß, wie sich aus der Stelle D. 23. 1. 18 (de sponsalibus) ergibt, nach der es gleichgültig ist, ob das Verlöbnis per se et coram, an per internuntium vel per epistolam, an per alium factum sit: Hier stehen sich epistola und internuntius auf der einen, der alius auf der anderen Seite gegenüber.

Das alte deutsche Recht kannte keine unmittelbare Vertretung, sondern nur eine mittelbare in der Gestalt des Salmannen, der unserem Treuhänder entspricht.

Das ALR. spricht vom Boten in Teil I, V, §§ 99—100; es bestimmt da eine Zeit, innerhalb welcher ein durch Boten gestellter Antrag angenommen werden müsse, ebenso hat es in Teil I, 13 § 1 die unmittelbare Vertretung anerkannt.

Auch das gemeine Recht kannte die Figur des Stellvertreters (procurator) und des Boten (nuntius), jedoch ohne einen Unterchied in der Wirksamkeit der von ihnen für einen anderen vorgenommenen Handlungen zu machen. Beide wurden als „Träger fremden Willens“ [1]) betrachtet, auch der unmittelbare Stellvertreter bildete also darnach keinen eigenen Willen, selbst wenn er in seinen Entchlüssen verhältnismässig frei war [2]); es bestand demnach kein Unterschied im Wesen zwischen Botenschaft und Stellvertretung. Lediglich zwischen mittelbarer und unmittelbarer Stellvertretung wurde der gleiche Unterchied gemacht wie nach geltendem Recht, und Savigny will mit den Bezeichnungen „nuntius“ und „procurator“ den unmittelbaren vom mittelbaren Vertreter unterschieden wissen [3]).

§ 1. Die Möglichkeit einer Empfangsmittelung.

Zunächst ist eine Klärung der Frage erforderlich, bei welchen, einer rechtlichen Beurteilung unterliegenden Vorkommnissen des menschlichen Lebens eine Empfangnahme für einen anderen möglich ist. Es kann dabei vorläufig dahingestellt bleiben, ob die Empfangnahme durch den Empfangenden als Empfangsvertreter oder als Empfangsboten geschieht, da nur rein tatsächlich erörtert werden soll, ob

[1]) Savigny, Obligationenrecht, II. Band § 57 S. 59.
[2]) Savigny a. a. O. S. 57, 58.
[3]) S. 62.

und wann der Erklärungsempfänger [4]) nicht selbst eine Willenserklärung empfangen muß, sondern ihm dieser Empfang vermittelt werden kann, sei es durch einen Empfangsboten, sei es durch einen Empfangsvertreter. Beide Erscheinungsformen des Empfangens für einen anderen werden daher im Folgenden unter dem Namen „Empfangsmittler" zusammengefaßt. [5]) Es ist weiter zu berücksichtigen, daß hier zunächst nur der Fall in Betracht gezogen ist, bei dem eine reine Empfangnahme vorliegt, also nicht der Fall, daß der Empfangsvertreter gleichzeitig eine Willenserklärung für den Vertretenen abgibt, wie es tatsächlich meist der Fall sein wird.

I. Die häufigste Erscheinung des Rechtslebens ist der Vertragsschluß; er besteht aus Antrag und Annahme; jeder von diesen beiden Bestandteilen kann an einen Empfangsmittler erklärt werden; und zwar kann sich dieser entweder im Betrieb des Erklärungsempfängers befinden oder von ihm zu dem Erklärenden geschickt werden, sei es ausdrücklich zum Empfang der Willenserklärung, sei es aus einem anderen Grund, bei dessen Gelegenheit dann der Erklärende dem Empfangsmittler die Willenserklärung mitteilt.

II. Ebenso wie Willenserklärung als Bestandteile eines Vertrages können einseitige Willenserklärungen — z. B. die Kündigung oder Mahnung — an einen Empfangsmittler abgegeben werden. Die Fälle des einseitigen Rechtsgeschäfts werden für unsere Erörterungen die wesentlichsten sein, da bei ihnen das reine Empfangen am deutlichsten wird: hier ist der Empfangende garnicht in der Lage, eine Erkärung abzugeben wie bei den Verträgen.

III. Weiterhin ist eine Empfangsmittelung möglich bei geschäftsähnlichen Rechtshandlungen, z. B. Fristsetzung oder Aufforderung zu einer Wahl und anderen. Diese geschäftsähnlichen Rechtshandlungen sind den Willenserklärungen verwandt, da sie auch als Äusserungen einer Person Rechtswirkungen herbeiführen, aber nicht infolge des Willens der Person, sondern unmittelbar infolge gesetzlicher Vorschrift; diese Ähnlichkeit rechtfertigt eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über Willenserklärungen. [6])

---

[4]) anstelle des bisher gebräuchlichen „Adressaten".

[5]) Henle, Lehrb. Bd. 1 § 13 S. 82, gebraucht für den Empfangsvertreter den Ausdruck „Empfangsvermittler", während er den Empfangsboten mit „Empfangsmittler" bezeichnet; die Unterscheidung ist sprachlich wenig glücklich. Auch der Cosack'sche Ausdruck „duldende Vertretung" ist umständlich. Der von mir gewählte Ausdruck „Empfangsvertretung" gibt die Tatsache der Passivität und den Unterschied zur Botenschaft genügend klar wieder.

[6]) Ebenso Enneccerus, Bd. 1 § 194 S. 648; Planck, Bd. I S. 222; Staudinger, Bd. 1 § 164 S. 848.

IV. Ihrer Natur nach ausgeschlossen ist eine Empfangsmittelung bei den Rechtshandlungen, die als Realakte bezeichnet werden, das heißt bei denen die Handlung einer Person einen rein tatsächlichen Erfolg bezweckt, der nach dem Gesetz eine Rechtswirkung erzeugt, z. B. Fund, Schatzfund, Herstellung eines Werkes der Literatur oder Musik. Da der Empfangsmittler niemals tätig wird, sondern nur empfängt, kommt die Vollziehung eines Realaktes für ihn nicht in Frage.

V. Ein einziger Realakt ist auch durch einen Empfangsmittler denkbar, nämlich der Besitzerwerb; und zwar ist eine Empfangsmittelung möglich zunächst im Fall des unmittelbaren Besitzerwerbs: hier kann der Empfangsmittler Besitzdiener sein — mein Dienstmädchen erhält für mich bestellte Zigaretten übergeben —; er braucht aber auch nicht Besitzdiener zu sein — mein Freund, mit dem ich gemeinsam ein Zimmer bewohne, nimmt einen Anzug für mich in Empfang —. Eine Empfangsmittelung ist weiter möglich im Fall des mittelbaren Besitzerwerbs — dem Empfangsmittler wird für mich eine Sache als Pfand übergeben — und schließlich auch bei Abtretung des Herausgabeanspruchs — dem Empfangsmittler wird für mich die Abtretung eines Vermieteranspruchs erklärt —. In allen diesen Fällen finden die Vorschriften der Empfangsmittelung Anwendung. [7])

VI. Ausgeschlossen ist eine Empfangsmittelung bei einer Reihe von Rechtsgeschäften und Rechthandlungen, bei denen das Gesetz persönliche Teilnahme der Personen, die es angeht, verlangt [8]).

§ 2. Die gesetzlichen Bestimmungen über Empfangsvertretung und Empfangsbotenschaft.

I. Die Empfangsvertretung ist im BGB. als ein Unterfall der Erklärungsvertretung behandelt; so bestimmt § 164 Abs. 3 BGB., daß eine einem anderen gegenüber abzugebende Willenserklärung unmittelbar für und gegen den anderen wirkt, wenn sie dessen Vertreter

---

[7]) Anderer Ansicht Crome, Bd. 3 § 348 S. 46; gegen diesen übereinstimmend Staudinger, Bd. 3 § 854 S. 27; Planck, Bd. 3 § 854 S. 34; Last S. 127; Enneccerus, Bd. 3 § 13 S. 37 ff.; Siméon-David, Bd. 1 § 87 S. 9 Anm. 6. Die Beispiele stammen von Enneccerus. Für die Anwendung auch die Protokolle Bd. III S. 33.

[8]) Eine Aufzählung findet sich bei Enneccerus, Bd. I § 166 S. 548.

gegenüber abgegeben wird. Desgleichen kann einem Vertreter ohne Vertretungsmacht gegenüber eine Willenserklärung abgegeben werden, wenn er damit einverstanden ist (§ 180 Satz 3).

II. Über den Empfangsboten dagegen finden sich gesetzliche Vorschriften nicht. Das Schrifttum [9]) behandelt ihn als einen Unter- oder Sonderfall des Absendungsboten, über den lediglich eine einzige Vorschrift, nämlich § 120, besteht.

[9]) Statt vieler Staudinger, Bd. I Vorb. 20, 21 zu § 164.

B. Kritik an der herrschenden Lehre über die Empfangsmittelung und Nachweis, daß es keine Empfangsvertretung gibt.

Die Technik des Gesetzes im § 164 ist verfehlt: Denn einmal werden Erklärungsvertretung und Empfangsvertretung in zwei verschiedene Absätze getrennt, sodaß darnach also nicht nur eine gemischte Erklärungs und Empfangsvertretung, sondern auch eine Vertretung n u r zur Erklärung ebenso wie eine n u r zum Empfang einer Willenserklärung möglich scheint. Diese Unterscheidung ist an sich richtig, nur ist die angebliche reine Empfangsvertretung keine Vertretung im technischen Sinn: Es ist also falsch, was das Gesetz weiter tut, die reine Empfangsvertretung [10]) mit der Erklärungsvertretung in einem Paragraphen zusammenzufassen und den Vorschriften über die Vertretung zu unterstellen; es werden dabei zwei Dinge miteinander vermischt, die nichts miteinander zu tun haben, die im Wesen verschieden sind. Wesensgleich und zusammengehörig sind Empfangsvertretung und Empfangsbotenschaft unter dem Oberbegriff der E m p f a n g s mittelung. Ihnen stehen gegenüber Erklärungsvertretung und Absendungsbotenschaft als zwei selbständige und wesensverschiedene Erscheinungsformen des H a n d e l n s für einen anderen. Die Begründung dieser Behauptung ergibt sich, wenn man das Wesen der Erklärungsvertretung und ihren Unterchied zur Botenschaft erörtert und dann die Anwendbarkeit dieser Grundsätze auf die Empfangsvertretung und Empfangsbotenschaft untersucht.

§ 3. Das Wesen des Handelns für einen anderen.

I. Das Wesen der Erklärungsvertretung ist gekennzeichnet durch die sogenannte Repräsentationstheorie: Der Vertreter steht an Stelle

[10]) Nur sie ist gemeint, wenn im folgenden von Empfangsvertretung die Rede ist. Der im Rechtsleben häufigste Fall, daß ein Vertreter eine Willenserklärung empfängt und gleich die entsprechende Gegenerklärung abgibt, soll hier zunächst gänzlich außer Betracht bleiben. Nur der Empfang wird behandelt.

des Vertretenen und gibt das dem Geschäftsgegner zu erkennen; er ist in seinem Handeln im Rahmen seiner Vollmacht so frei wie sein Herr: Durch seine, des Vertreters, freie Willensbetätigung erfolgt daher die Bildung und Abgabe der Willenserklärung [11]). Infolgedessen ist dem Begriff der Vertretung notwendig innewohnend ein — je nach der Vollmacht — mehr oder minder großes Maß von Entschlußfreiheit des Vertreters bei Abgabe der Willenserklärung. Eine Einschränkung dieser Entschlußfreiheit des Vertreters durch bestimmte Weisungen des Vertretenen hat sofort zur Folge, daß die typischste Folge der Entschlußfreiheit, die Beurteilung von Willensmängeln nach der Person des Vertreters, nicht allein eintritt, sondern sich diese nach der Person des weisungsgebenden Vertretenen beurteilen (§ 166 Abs. 2). Daraus ergibt sich besonders klar, daß das eigentliche Wesen der Vertretung die völlige Willens- und Enschlußfreiheit des Vertreters hinsichtlich des Inhalts der Willenserklärung ist.

II. Das Wesen der Absendungsbotenschaft dagegen liegt darin, daß der Bote eine vollendet vorliegende Erklärung dessen, für den er tätig wird, einem anderen überbringt; daraus ergibt sich, daß dem Boten hinsichtlich des Inhalts der zu überbringenden Willenserklärung im großen und ganzen keine Entschlußfreiheit, keine eigene Willensbetätigung überlassen ist. [12])

§ 4. Das Wesen der Empfangsmittelung.

I. a) Ganz anders als bei der Erklärungsvertretung stellt sich das Wesen der Empfangsvertretung dar; eine Entschlußfreiheit des Empfangsvertreters hinsichtlich des Inhalts einer Willenserklärung ist der Empfangsvertretung fremd: Er empfängt die Willenserkärung vollendet vom Erklärenden, ohne selbst irgendwie etwas dazu äußern zu müssen oder auch nur zu können, sonst ist er nicht mehr reiner

[11]) Anders Rosenberg S. 210: „Es muß bestritten werden, daß die selbständige Willensentscheidung für den Begriff des Vertreters so wesentlich und erforderlich sei, daß ohne sie von einer Stellvertretung nicht gesprochen werden könne." Eine Begründung für diese Hypothese bleibt Rosenberg schuldig.

[12]) Wie weit er in Kleinigkeiten selbständig handelt, spielt für die theoretische Erörterung keine Rolle. Die viel umstrittene Frage der Abgrenzung von Vertreter und Bote — Erklärungs- oder Willenstheorie — ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung, da es hier nur auf das Wesen ankommt, nicht darauf, wann im praktischen Fall die eine oder andere Form vorliegt.

Empfangsvertreter. Es ist also garnicht denkbar, daß er auf die Willenserklärung inhaltlich irgendwie einwirkt. Das wird an folgendem Beispiel klar: Wenn der Gutsherr seinen Inspektor beauftragt, irgendeins von seinen drei Reitpferden seinem Freund A. oder seinem Freund B. zum Kauf anzubieten, so ist der Inspektor zweifelsfrei Vertreter und hat freie Entschluß- und Willensbetätigung, welches Pferd er und welchem Freund er es anbieten will. Wenn aber der Gutsherr sagt, er habe seine drei Reitpferde zur Auswahl dem A. und dem B. angeboten, wenn einer annehme, so solle der Inspektor an seiner Stelle die Annahme in Empfang nehmen, und wenn A. schließlich dem Inspektor erklärt, er nehme den Rappen, so wäre nach herrschender Meinung der Inspektor Empfangsvertreter. Dabei hat er nicht mehr den geringsten Einfluß auf den Inhalt des Rechtsgechäfts.

b) Ohne Einfluß auf den Inhalt der empfangenen Willenserklärung ist es auch, ob der Empfangsvertreter den Willen hat, die Willenserklärung als Vertreter entgegenzunehmen. Deshalb muß ein solcher Empfangswille für die Klärung des Wesens der Vertretung außer Betracht bleiben, genau wie es ja auch auf der Erklärungsseite ohne Bedeutung ist, wenn der Überbringer den Vertreterwillen hat, obgleich ihm die Erklärung keinen Raum zu eigener Willensbestätigung läßt; denn nicht dadurch qualifiziert sich der Handelnde zum Vertreter oder Boten, daß er sich als Vertreter bezeichnet oder den Willen hat, als solcher zu erkären oder zu empfangen, sondern nur dadurch, daß er an der Willensbildung hinsichtlich des Inhaltes der Erklärung beteiligt ist oder nicht. Außer aus diesen grundsätzlichen Erwägungen ist ein Empfangswille als Unterscheidungsmerkmal deshalb unbrauchbar, weil er für das Wirksamwerden einer Willenserklärung nicht nowendig ist; denn es gibt Fälle, in denen sie sogar gegen den Willen des Empfängers wirksam wird, z. B. im Fall des § 132. Nur zweimal ist im Schrifttum meines Wissens der Versuch gemacht worden, einen Empfangswillen als notwendig hinzutellen. [13]) Zur Begründung beruft man sich auf § 131 BGB., nach dem zum Empfange einer Willenserklärung Geschäftsfähigkeit erforderlich sei; Geschäftsfähigkeit aber sei die Fähigkeit, bei den rechtsgeschäftlichen Vorgängen als selbständig handelndes Rechtssubjekt mitzuwirken, entweder durch Abgabe oder Empfangnahme von rechtswirksamen Willenserklärungen. Zu diesem Witwirken aber sei ein Wille erforderlich, also sei auch nach § 131 beim Empfang ein Empfangswille erforderlich. Bei dieser Begründung des Empfangs-

[13]) Titze, Mißverständnis S. 314; Friedeberg S. 18.

willens wird der Begriff der Fähigkeit verkannt: Geschäftsfähigkeit bedeutet nicht rechtswirksam handeln, sondern so handeln können; und für ein solches abstraktes Können ist ein konkreter Wille nicht erforderlich. Es ergibt sich auch eindeutig aus den Gesetzesmaterialien [14]), daß das BGB. die Notwendigkeit eines Empfangswillens ablehnen wollte, und diesen folgend hat die herrschende Meinung [15]) mit Recht einen Empfangswillen auch als Unterscheidungsmerkmal zwischen Empfangsbotenschaft und Empfangsvertretung verneint.

c) Auch das Einverständnis des vollmachtlosen Empfangsvertreters nach § 180 Satz 3 ist nicht als eine Willensbestätigung aufzufassen. Zwar sagt dazu Plettenberg: [16]) „und hiermit wird in diesem Falle (des § 180 S. 3) das im übrigen bei der passiven Natur der Empfangnahme nicht in Betracht kommende Willensmoment von Erheblichkeit". Allein diese Auffassung ist unrichtig; sie verkennt die Natur dieses Einverständnisses: Es bezieht sich nur rein formal auf die Übernahme der Empfangsvertretung, [17]) — ähnelt also dem bereits behandelten Empfangswillen — berührt dagegen den materiellen Inhalt der Willenserklärung nicht. Und gerade das ist das Entscheidende bei der Erklärungsvertretung, daß der Vertreter am Inhalt der Erklärung willensmäßig beteiligt ist. Trotz seines Einvertändnisses ist der vollmachtlose Empfangsvertreter an dem Inhalt der empfangenen Willenserklärung unbeteiligt, er hat gar keine Möglichkeit, ebensowenig wie der bevollmächtigte Empfangsvertreter des § 164 Abs. 3, willensmäßig bei der Erklärung mitzuwirken. Sein Einverständnis schafft nur die Voraussetzung der Empfangnahme, hat aber mit dem Wesen der Vertretung, mit der eigenen Willensbildung, nichts zu tun.

d) Es ist also bei Betrachtung des Wesens der Empfangsvertretung festzustellen, daß ihr die Eigenschaft fehlt, die den wesentlichen Inhalt der Erklärungsvertretung bedeudet, nämlich daß die Willenserklärung durch die freie Willensbetätigung des Vertreters zustande kommt. „Mit dem Stellvertreter hat er (der Empfansvertreter) nichts gemein. Bei dem Stellvertreter handelt es sich um den Erklärungsinhalt selbst, bei dem Zugehen der Erklärung aber lediglich um den Erklärungsvorgang" [18]). Man kann dann aber diese Erscheinungsform des Empfangens für einen anderen nicht als einen Unterfall der Ver-

---

[14]) Motive Bd. I S. 156, Protokolle Bd. I S. 69.
[15]) R.G.R.K. Anm. 5 zu § 164.
[16]) S. 44.
[17]) R.G.R.K. Bd. I § 180 S. 221; R.G. Bd. 60/335.
[18]) Henle, Bd. I § 13 S. 85.

tretung des § 164 behandeln, wenn sie in ihrem ganzen Wesen anders ist als diese; sie müßte gegenüber der Vertretung eine vollkommen selbständige Rechtsfigur darstellen, die nach den Grundsätzen zu beurteilen ist, die sich aus dem ihr eigenen Wesen ergeben, aber nicht nach den Grundsätzen der Erklärungsvertretung.

II. Wenn man dagegen den Kern der Empfangsbotenschaft betrachtet, so findet man, daß er sich in nichts von dem Wesen der Empfangsvertretung unterscheidet. Auch der Empfangsbote steht nur da und nimmt eine Willenserklärung entgegen, ohne irgendwelchen Einfluß auf ihren Inhalt haben zu können, genau wie der Empfangsvertreter. Wenn der Freund A. des Gutsbesitzers, dem allein dieser seinen einzigen Rappen für 500 Mark angeboten hatte, in den Stall des Gutsbesitzers kommt und dem dort arbeitenden Pferdeknecht sagt: „Sagen Sie Ihrem Herrn, daß ich den Rappen, den er mir für 500 Mark angeboten hat, kaufe", so ist die geistige Tätigkeit dieses Knechtes und die des Inpektors im obigen Beispiel genau die gleiche: Beide beschränken sich darauf, die Erklärung entgegenzunehmen, ohne auf sie einzuwirken. Mit welchem Willen sie sie entgegennehmen, der Inspektor mit dem Willen, für seinen Herrn ein Pferd zu verkaufen, der Knecht mit dem Willen, sie dem Herrn auszurichten, ist — wie oben dargelegt— für den Empfang unbeachtlich.

Hierzu ist noch folgendes zu bemerken: Der Empfangsbote kann auch nicht einmal in Einzelheiten des Geschäfts eine Wahlbefugnis haben, wie oben § 3, II für den Absendungsboten angedeutet; denn wie soll er oder auch ein Empfangsvertreter beim reinen Empfang eine Wahl ausüben? Wenn der Gutsbesitzer seinem Stallknecht oder seinem Inspektor sagt: „Wenn der Pferdehändler A. kommt und mir drei Pferde anbietet, so sehen Sie sich die Tiere an und lassen Sie sich die Bedingungen erklären", so empfangen beide nur, ohne eine Wahlmöglichkeit zu haben. Wenn er aber sagt: „Sehen Sie sich die Pferde an und nehmen Sie das Beste", so haben sie zwar die Wahlmöglichkeit, aber sie sind weder Empfangsvertreter noch Empfangsboten, sondern die Wahl nehmen sie als Erklärungsvertreter oder Absendungsbote bei Abgabe der Annahmeerklärung vor. Daraus erhellt, daß der ganze Streit, ob ein Bote Wahlbefugnis haben könne oder ob er dadurch zum Vertreter werde, für die Empfangsseite ganz unbeachtlich ist — man kann eben keinen praktischen Unterschied feststellen, wo keiner im Wesen besteht.

III. Es ist also festzustellen,

1. daß die Empfangsvertretung nicht ein Fall der Vertretung des § 164 ist und daher auch nicht dessen und den folgenden Vor-

schriften über die Vertretung unterliegt, sondern daß sie in ihrem Wesen der Botenschaft gleich ist und daher deren Grundsätzen unterliegen muß,

2. daß die Empfangsvertretung und Empfangsbotenschaft aber wieder darin grundlegend von der Absendungsbotenchaft verschieden sind, daß der Absendungsbote auf seiten des Erklärenden steht, der Empfangsmittler aber auf seiten des Erklärungsempfängers.

§ 5. Unterschiede in den unmittelbaren Folgen von Empfangsvertretung und Empfangsbotenschaft.

Die Tatsache, daß die Empfangsvertretung und die Empfangsbotenschaft wesensgleiche, die Erklärungsvertretung und die Empfangsvertretung dagegen wesensverschiedene Erscheinungen sind, ist auch in Schrifttum [19]) und Rechtsprechung [20]) meist erkannt worden. Folgerichtig ist es also nur, die Lehre von der Empfangsmittelung nicht den Vorschriften über die Vertretung zu unterstellen, da der Empfangsmittelung die wesentlichen Merkmale der Vertretung fehlen; demgemäß muß § 164 Abs. 3 für eine Fehlkonstruktion erklärt oder jedenfalls dahingehend ausgelegt werden, daß er niemals selbständige Anwendung finden kann, daß nach ihm niemals eine reine Empfangsvertretung möglich ist, sondern nur eine mit der Erklärungsvertretung des Abs. 1 verbundene. Man hat sich jedoch vor diesen Folgen gescheut und hat überwiegend die Trennung der Erklärungseite auch auf die Empfangsseite übertragen. [21]) Der Grund ist einmal der schon erwähnte, daß man

---

[19]) v. Tuhr, Bd. III § 84 S. 357; Dernburg, Bd. I § 161 S. 469; Oertmann, Bd. I § 164 S. 609; Plettenberg S. 39; Rosenberg S. 202; Assmann S. 65, Jüngling S. 31; Friedeberg S. 26.

[20]) Das Reichsgericht drückt sich in den maßgeblichen Entscheidungen sehr vorsichtig aus; es stellt es rein auf die Ermächtigung ab, erkennt aber anscheinend auch nur eine Form der Empfangsmittelung an; so sagt es in Bd. 50/195: Die Wohnungswirtin war befugt zum Empfang, in 61/127: Jeder kaufmännische Angestellte ist zum Empfange befugt, ebenso in 102/295 und 105/257; aus einer Reihe von Entscheidungen (56/263, 58/404, 60/334) ergibt sich, daß auch die Ehefrau und andere Familienangehörige gleichermaßen zum Empfange befugt seien wie Hausangestellte und Verkäufer — das Reichsgericht macht also offenbar keinen erkennbaren oder irgendwie rechtlich bedeutsamen Unterschied zwischen Empfangsvertretung und Empfangsbotenschaft.

[21]) So Enneccerus, Bd. I § 166 S. 546; Staudinger, Bd. I Vorb. 20, 21 vor § 164 S. 838; Friedeberg S. 26; Kohler, Bd. I § 189, S. 431; Crome S. 452;

sich an die positive gesetzliche Vorchrift geklammert hat, zum anderen aber hat man zwei Unterschiede, die aus den verschiedenen Wesen der Erklärungsvertretung und der Absendungsbotenchaft entspringen, auch auf die Empfangsvertretung und Empfangsbotenschaft übertragen. Es handelt sich hierbei um § 165 und § 166: Nach der herrschenden Meinung müße der Empfangsvertreter mindestens beschränkt geschäftsfähig sein, während der Empfangsbote geschäftsunfähig sein könne. Weiter bestimmten sich die Folgen von Willensmängeln bei der Empfangsvertretung nach der Person des Empfangsvertreters, bei der Empfangsbotenschaft dagegen nach der Person des Herrn des Empfangsboten, und genau dasselbe sei der Fall bei dem Kennen oder Kennenmüssen gewisser Umstände. Diese Unterchiede bestehen bei der Erklärungsvertretung und Absendungsbotenschaft, denn diese beiden sind wirklich wesensverschieden. Genau so wesensverschieden sind aber Erklärungsvertretung und Empfangsvertretung, und man kann nicht zwei wesensverschiedenen Erscheinungen des Rechtslebens die gleichen Folgen ohne jeden Grund zulegen, nur weil der Gesetzgeber den Unterschied übersehen und die beiden ganz verschiedenen Erscheinungsformen zufällig in demselben Paragraphen geregelt hat. Die Folgen der Erklärungsvertretung entspringen ihrem Wesen, daß der Vertreter sich willensmäßig betätigt. Daher muß er mindestens beschränkt geschäftsfähig sein, sein Wille, sein Wissen ist entscheidend. Dieses Wesen fehlt der Empfangsvertretung, man kann daher auch nicht seine Folgen auf sie übertragen. Einfach aus dem Grunde, weil zwischen der wesensverschiedenen Erklärungsvertretung und Absendungsbotenschaft dieser Unterschied besteht, durfte er niemals auf die wesensgleichen Tatbestände der Empfangsvertretung und

---

Rehbein S. 251; Marcus S. 45; v. Tuhr, Bd. II § 61 S. 359; Oertmann, Bd. I § 120 S. 414.

Teilweise hat man eine andere Lösung gesucht: Man hat nicht die Empfangsvertretung, sondern die Empfangsbotenschaft geleugnet und den angeblichen Empfangsboten den Regeln der Empfangsvertretung oder, soweit dies nicht möglich war, denen der Absendungsbotenschaft unterstellt, so Hellwig, Lehrb. Bd. II § 121 S. 355, u. J.W. 1905 S. 356; Plettenberg S. 46; Assmann S. 72; Rosenberg § 5 S. 202; Hölder, Festgabe S. 101; Leonhard, Anfechtbarkeit S. 17; Mitteis, Stellvertretung S. 136; Koppers S. 229; Thiele S. 117; Franzke S. 36; Franke S. 31; Jung S. 75; Planck, Bd. I Vorb. § 164 S. 430.

Nur vereinzelt hat man sich auf den Standpunkt gestellt, daß eine Empfangsvertretung nicht möglich und der Empfangsmittler immer Absendungsbote sei; so Sperber S. 23; Hepner S. 39.

Die Auffassung schließlich, zu der auch diese Arbeit kommt, daß der Empfangsmittler meist Empfangsbote, in Ausnahmefällen aber Absendungsbote des Erklärenden sei, wird vertreten von Falkmann S. 37; Dernburg, Bd. I § 161 S. 469; Voswinkel S. 386.

Empfangsbotenschaft übertragen werden, und schon deshalb müßte eine Unterscheidung auf Grund dieser Merkmale zwischen den beiden entfallen. Für das Folgende soll aber noch einmal unterstellt werden, es gäbe eine Empfangsvertretung, und Empfangsbote und Empfangsvertreter seien nicht so wesensgleich, daß Unterschiede nicht bestehen könnten; dann soll die Frage geprüft werden, ob unter dieser Voraussetzung diese Unterschiede in den Folgen der Willensbetätigung bestehen. Dabei ist natürlich immer die Tatsache zu berücksichtigen, daß der Empfangsvertreter willensmäßig unbeteiligt ist. Das ist der grundlegende Satz meiner Ausführungen, und aus ihm ergeben sich zwei Folgen: Einmal die schon gefundene, daß der Empfangsvertretung die Merkmale der Vertretung fehlen und sie der Empfangsbotenschaft wesensgleich ist, zum andern, daß auch davon unabhängig keine Verschiedenheit in Geschäftsfähigkeit und Willensmängeln zwischen ihnen besteht.

I. Der erste Unterschied, der im Schrifttum zwischen Empfangsvertretung und Empfangsbotenschaft gemacht wird, beruht auf der Geschäftsfähigkeit der beiden Empfangsmittler:

a) § 165 BGB spricht aus, daß auch eine beschränkt geschäftsfähige Person Vertreter sein könne. Die herrschende Lehre folgert aus dieser Vorschrift, daß eine geschäftsunfähige Person nicht Vertreter sein könne, und überträgt diese Feststellung auch auf den Empfangsvertreter, ohne sich dabei über seinen Wesensunterschied vom Erklärungsvertreter klar zu werden. Zur Begründung beruft sie sich auf die Tatsache, daß ein Geschäftsunfähiger nicht willensfähig sei. [22])

b) Der Bote dagegen kann nach herrschender Ansicht geschäftsunfähig sein, [23]) ja nach Planck kann sogar ein Papagei als Bote dienen. Auch diese Feststellung ist ohne besonderen Widerspruch auf den Empfangsboten übertragen worden.

c) Rosenberg [24]) hat zum ersten Mal einen energischen Angriff auf diese Meinungen gemacht, und zwar nur für die Erklärungsseite. Er kommt aus folgendem Gedankengang heraus zu dem Schluß, daß auch ein Geschäftsunfähiger Stellvertreter sein könne:

1. Die Ansicht der herrschenden Lehre, daß ein Geschäftsunfähiger nicht willensfähig sei und aus diesem Grund nicht Vertreter sein

---

[22]) Motive Bd. I S. 226; Planck, Bd. I § 107 S. 243; v. Tuhr, Bd. III § 84 S. 352; Staudinger, Bd. I § 164 S. 846, der jedoch schon die Einschränkung macht, daß Bewußtlose oder vorübergehend Geistesgestörte Empfangsvertreter bei Willenserklärungen unter Abwesenden sein können.

[23]) Planck, Bd. I § 164 S. 429; v. Tuhr, Bd. III § 484 S. 339; Staudinger, Bd. I S. 852.

[24]) S. 237 ff.

könne, sei nicht richtig; der Unterschied zwischen Geschäftsunfähigkeit und beschränkter Geschäftsfähigkeit sei lediglich eine Konstruktion des Gesetzes, die gedankenlos aus dem römischen Recht übernommen sei. Dieser Unterschied habe mit der Willensfähigkeit nichts zu tun, denn einmal erkenne die Rechtsordnung den Willen eines Geschäftsunfähigen genau so wenig als rechtlich bedeutsam an wie den eines beschränkt Geschäftsfähigen, wenn kein Genehmigender vorhanden sei oder die Genehmigung versagt werde. Andererseits aber erkenne die Rechtsordnung auch wieder eine Handlungs- und Willensfähigkeit des Geschäftsunfähigen an, wie sich aus der Möglichkeit des Besitzes Geschäftsunfähiger und den §§ 829 und 682 ergebe. Dieser Unterschied sei also unlogisch, er sei auch weder im alten deutschen Recht noch in dem modernsten Zivilgesetzbuch, dem japanischen vorhanden. Ein Geschäftsunfähiger brauche daher nicht willensunfähig zu sein und könne daher auch Vertreter sein. [25])

2. Das ergebe sich auch ganz eindeutig, wenn man sich den Grund für die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit und insbesondere den Grund für den § 165 überlege: Diese Vorschriften bezweckten den Schutz desjenigen, der wegen seiner noch nicht voll entwickelten Verstandesreife oder wegen geistiger oder moralischer Mängel nicht die nötige Einsicht besitze, welche die Rechtsordnung für die rechtliche Selbstbestimmung als erforderlich ansehe. Dieser Zweck sei die Rechtfertigung, aber auch die Grenze dieser Normen. Jemand, der für einen anderen handele, müsse daher nicht die Eigenschaften besitzen, welche die selbstschöpferische Gestaltung seiner eigenen Lebensverhältnisse erfordere. Für einen Vertreter sei daher Geschäftsfähigkeit nicht erforderlich. Er könne aber auch geschäftsunfähig sein, denn die Vorschriften über die Geschäftsunfähigkeit bezögen sich ihrem Zweck und Grund nach genau so nur auf die eigenen Angelegenheiten des Betreffenden und hätten genau so wie die Vorschriften über die beschränkte Geschäftsfähigkeit den Schutz des geistig nicht voll Entwickelten zur Aufgabe. Der von den Motiven [26]) richtig angegebene Grund dafür, daß zur Vertretung nicht die volle

---

[25]) Wie weit sich tatsächlich das praktische Leben über die starre Grenzziehung des § 106 hinwegsetzt, zeigt das zutreffende Beispiel bei Rosenberg S. 278 mit dem Kind auf dem Land, das in Abwesenheit seiner Eltern den Laden besorgt.

[26]) Motive Bd. I S. 227: „Die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit bezieht sich ihrem Grund und Zweck nach nur auf die eigenen Angelegenheiten des Betreffenden." Auch im Schrifttum wird dieser Grund angegeben, so bei Staudinger, Bd. I § 165 S. 851; R.G.R.K. Bd. I § 165 S. 208; Siméon-David, Bd. I § 32 S. 240; Enneccerus, Bd. I § 166 S. 545, ohne daß erkannt würde, daß der gleiche Grund auch einen geschäftsunfähigen Vertreter zuläßt.

Geschäftsfähigkeit erforderlich sei, treffe also auch auf die Geschäftsunfähigkeit zu, und es könne demnach auch ein Geschäftsunfähiger Vertreter sein.

d) Es kann hier dahingestellt bleiben, ob die sehr einleuchtende Ansicht Rosenbergs für die Erklärungsseite zutrifft oder nicht. Die herrschende Meinung hat sich jedenfalls von einer entgegengesetzten, engen Auslegung des § 165 noch nicht freimachen können. Auf jeden Fall aber kann auf der Empfangsseite auch ein Geschäftsunfähiger Vertreter sein:

1. Selbst wenn man die Ansicht Rosenbergs über die Willensfähigkeit für die Erklärungsvertretung nicht teilt, ergibt sich die Unbeachtlichkeit einer Willensunfähigkeit für die Empfangsvertretung doch aus ihrem oben erörterten Wesen: Eine Person, die nur eine Erklärung, sei es schriftliche, sei es mündliche, empfangen und weitergeben soll, ohne eine andere Erklärung dazu abzugeben oder irgendwie willenmäßig auf die empfangene Erklärung einwirken zu können, braucht weder rechtsgeschäftlich erklärungs- noch willensfähig im Sinne der §§ 105 ff., sondern lediglich natürlich zur Übermittelung einer Willenserklärung geeignet[27]) zu sein; denn das Gesetz kann von einer Person keine höhere Qualifikation verlangen, als zu dem Zweck, den das Gesetz der Person anvertraut, notwendig ist; das ist auch der ganze Sinn des § 165 für die Erklärungsvertretung. Dieser Paragraph kann daher für den Empfangsvertreter keine Anwendung finden. Er und der gleichgelagerte § 131 Abs. 1, nach dem Willenserklärungen gegenüber einem Geschäftsunfähigen nichtig sind, haben einen ganz anderen Gesichtspunkt zur Grundlage: Sie gehen davon aus, daß der Geschäftsunfähige — sei es als Erklärungsvertreter (§165), sei es als unmittelbarer Vertragspartner (§ 131) — willensmäßig irgendwie an der Willenserklärung beteiligt sein könnte, und um das zu verhindern, erklären sie eine ihm gegenüber abgegebene Willenserklärung für nichtig. Das trifft aber eben bei der reinen Empfangsvertretung nicht zu — wie oben dargelegt.

2. Weiterhin ist der oben ausführlich wiedergegebene Ansicht Rosenbergs, die auch im Schrifttum bisher zwar Widerspruch aber keine Widerlegung gefunden hat, völlig Recht zu geben: Der Grund des § 131, der Schutz des Geschäftsunfähigen, liegt bei der Vertretung und also auch bei der Empfangsvertretung nicht vor, da der Empfangsvertreter als Verpflichteter nicht in Frage kommt. Er kann sich auch nicht etwa nach § 164 Abs. II. verpflichten, denn einmal erklärt § 164 Abs. III ausdrücklich nur den Abs. I, nicht auch den Abs. II für an-

[27]) Jung S. 75; James Breit S. 641.

wendbar. Außerdem ist das aber auch eine Selbstverständlichkeit: Beim Empfangsvertreter des § 164 Abs. III wird der „Wille, in fremden Namen zu handeln", niemals erkennbar hervortreten, da er beim Empfang keine Gelegenheit hat, ihn hervortreten zu lassen und es auch auf den Empfangswillen nicht ankommt. Und schließlich hat er auch gar keinen Grund, sich darauf zu berufen, daß er als Vertreter nicht hafte; dazu führt Friedeberg [28]) richtig folgendes aus: „Es ist kaum ein Fall denkbar, bei dem eine empfangsbedürftige Willenserklärung auf Seiten des Empfangenden eine Verpflichtung hervorruft, ohne daß ein unterliegendes Schuldverhältnis oder sonst ein zur Annahme oder zu weiteren Handlungen verpflichtender Grund vorhergeht. Z. B. hat eine Mahnung an den Schuldner immer einen Darlehnsvertrag zur Voraussetzung, der ihn infolge der Mahnung verpflichtet, das Darlehen zurückzuzahlen, eine Vertragsannahme immer eine Vertragsofferte, durch die der Offerent verpflichtet ist. Das heißt also, wenn zwei Personen, die in keinem Verhältnis zueinander stehen oder gestanden haben, zusammenkommen, und der eine gibt eine Erklärung an der anderen ab, so wird der andere nie verpfichtet werden, sondern höchstens berechtigt. Der Vertreter wird sich dann nie darauf berufen wollen, er sei nicht verpflichtet, wenn er es durch die Entgegennahme einer Willenserklärung nicht werden kann. Darauf bezieht sich nur Abs. II. Er kann daher für die Empfangsvertretung keine Anwendung finden". Auch aus § 164 Abs. II ist also eine Notwendigkeit, für den Empfangsvertreter mindestens beschränkte Geschäftsfähigkeit zu verlangen, nicht zu entnehmen.

3. Man darf also aus § 165 nicht folgern, daß der Empfangsvertreter mindestens beschränkte Geschäftsfähigkeit haben muß, sondern man muß ihn und ebenso § 131 Abs. 1 für die reine Empfangsvertretung vollkommen durch den sich aus dem Wesen der Empfangsvertretung ergebenden Schluß ersetzen, daß Empfangsvertreter jede zur Übermittelung fähige Person sein kann. Durch diese Ersetzung entsteht eine Lücke: Sowohl § 131 wie auch § 165 baute hinsichtlich des Empfanges von Willenserklärungen durch einen Geschäftsunfähigen auf den §§ 104 ff. auf; mit ihnen war eine scharf umrissene Grenze gegeben, wer eine Willenserklärung wirksam empfangen konnte und wer nicht. Mit der Ausmerzung des § 131 und des § 165 verschwindet auch diese Begrenzung; über die von mir befürwortete Übermittelungsfähigkeit finden sich im Gesetz keinerlei Vorschriften, da ihm eben der Wesensunterschied zwischen Erklärungs- und Empfangsvertretung entgangen ist. Es ist also notwendig, einen Begriff der

[28]) S. 34.

Übermittelungsfähigkeit zu finden. Dafür müssen zwei Komponenten entscheidend sein: Einmal die Tatsache, daß der Empfangsvertreter nur empfängt, zum andern, daß auch dazu eine gewisse geistige Fähigkeit erforderlich ist, für deren Bestimmung die physiologischen und psychologischen Grundgedanken, die zur Gestaltung der §§ 104 ff. geführt haben, maßgebend sein müssen. Daraus ergibt sich schon, daß keine starre Grenzziehung möglich ist, sondern im Einzelfall verschieden geurteilt werden muß, zumal noch hinzukommt, daß die für den Empfang notwendige geistige Reife für die verschiedenen Willenserklärungen auch verschieden groß sein muß: Die Annahme eines Auftrages zu einem großen Börsentermingeschäft erfordert ganz andere Fähigkeiten als die Entgegennahme eines Briefes, der dem Vertretenen übergeben werden soll. [29]) Hierzu soll gleich bemerkt werden, daß auch die Abgabe einer schriftlichen Willenserklärung nicht etwa deshalb an eine Person als Empfangvertreter erfolgen kann, die nicht übermittelungsfähig ist, weil bei der schriftlichen Willenserklärung eine Vorstellung des Inhalts nicht möglich und nötig ist: Der Empfangsvertreter braucht bei der mündlichen Willenserklärung keine Vorstellung von ihrem Inhalt zu haben, [30]) da ja irgendwelche aktiven Einwirkungen auf den Inhalt seinerseits nicht stattfinden können. Aber er muß die Fähigkeit haben, die Willenserklärung aufzunehmen, sich zu merken und sinngemäß richtig wiederzugeben — denn es bleibt auch bei der Empfangsvertretung, bei der nach der herrschenden Lehre die Willenserklärung mit dem Zugang an den Empfangsvertreter wirksam wird, immer zu berücksichtigen, daß letzten Endes der Vertretene die Willenserklärung erfahren soll. Und deshalb muß genau so bei Abgabe einer schriftlichen Willenserklä-

---

[29]) Die Übermittelungsfähigkeit muß sich nach dem Inhalt der Willenserklärung richten; dabei ist der hier ausgewertete Unterschied zwischen mündlichen und schriftlichen Willenserklärungen der am meisten hervortretende, jedoch der für die Übermittelungsfähigkeit nicht allein wesentliche. Es erscheint nicht erforderlich, schon hier auf weitere nur scheinbare Unterschiede in der Behandlung mündlicher und schriftlicher Willenserklärungen einzugehen; dies geschieht unten in § 6.

[30]) Anders v. Tuhr, Bd. III § 84 S. 358. Diese Ansicht v. Tuhrs, der gerade den Unterschied zwischen Empfangsvertreter und Empfangsboten in der Tatsache sieht, daß der eine die Willenserklärung inhaltlich als Vertreter verstehen muß, der andere dagegen die Worte, ohne sie zu verstehen, weitersagt, wird widerlegt einmal dadurch, daß ein Empfangswille und damit auch ein modifizierter Vertreterempfangswille bedeutungslos ist, zum andern durch die Tatsache, daß der Empfangsvertreter für den Vertretenen nur empfangen soll, ohne selbst irgendwie am Geschäft beteiligt zu sein oder darauf einwirken zu können — wozu soll er dann die Willenserklärung inhaltlich verstehen? Er braucht sie in keinem größeren Maße als der Empfangsbote zu verstehen, nämlich soweit, daß er sie ausrichten kann.

rung an einen Empfangsvertreter dieser die Fähigkeit haben, das Schriftstück entgegenzunehmen, zu bewahren und zuverlässig zu übergeben, und diese Fähigkeiten wird man sicherlich nicht einem Säugling oder Geisteskranken, von dem bekannt ist, daß er alles, was er in die Hand bekommt, auffrißt, zusprechen können. Und weiter wird man von dem Empfangsvertreter die Fähigkeit verlangen müssen, daß er erkennt, er empfange für einen anderen — nicht, ob als Empfangsvertreter oder Empfangsbote; das habe ich oben (§ 4, Ib) bereits abgelehnt und widerlegt. Ähnlicher Auffassung ist v. Tuhr, wenn er sagt, daß „der Empfang einer Willenserklärung einen gewissen Grad des Verständnisses voraussetzt“ [31]) und James Breit, nach dessen Ausdrucksweise der Empfangsvertreter „im Besitz einer gewissen geistigen Reife sein muß und nicht unterhalb eines bestimmten Intelligenzniveaus stehen darf“. [32]) Nach alledem wird man die Übermittelungsfähigkeit bestimmen können als die Fähigkeit, eine Willenserklärung mit dem Bewußtsein zu empfangen, daß es für einen anderen geschieht, sie zu bewahren und dem anderen mitzuteilen.

e) Diese Übermittelungsfähigkeit ist aber auch für den Empfangsboten notwendig [33]). Die Ansicht Plancks [34]), daß Bote auch ein Papagei sein könne, ist vollkommen verfehlt: Genau so wenig wie ein Papagei ist eine Grammophonplatte Bote, auf die ich die Botschaft gesprochen habe. Bote kann nur ein Mensch sein — Handlungen von Tieren sind weder straf- noch zivilrechtlich bedeutsam [35]). Mit der Wiedergabe durch die Grammophonplatte oder den Papagei hat die durch den Boten das eine gemeinsam, daß er den Inhalt der Willenserklärung nicht zu verstehen braucht, also auch gewissermassen mechanisch tätig wird; jedoch gibt er nicht nur wie Papagei oder Grammophonplatte gehörte L a u t e wieder, sondern beim Boten macht die gehörte Willenserklärung als Gesamtheit den Umweg über

[31]) Bd. III § 84 S. 358.

[32]) S. 641. Leider ist weder v. Tuhr noch Breit konsequent und schließt daraus, daß diese Fähigkeiten auch ein geschäftsunfähiger Empfangsvertreter haben könne, sondern beide wandeln in den gewohnten Bahnen weiter.

[33]) Anders v. Tuhr, Bd. III § 84 S. 339; Planck, Bd. I § 164 S. 429, die schlechthin jedem Geschäftsunfähigen — Kind oder Geisteskranken — als Boten für möglich halten; ebenso Siméon-David, Bd. I § 32 S. 238. Nach Falkmann S. 39 können zwar Kinder und Wahnsinnige vollgültige Boten sein, jedoch müssen sie natürlich willensfähig sein. Im früheren Recht konnten Kinder und Geisteskranke nicht Boten sein; dazu schreibt v. Hachten S. 230: „Nuntii constitui possunt omnes, qui nec propter defectum aliquem impediuntur nec lege prohibentur. Ob defectum impediuntur, qui rationis usu destituuntur, vel sibi commissa aliis nuntiare nequeunt, ut sint furiosi, mente capti, infantes et muti.“

[34]) Bd. I § 164 S. 429.

[35]) Abgesehen von dem ganz anders gearteten Fall des § 833 BGB.

das Gehirn des Boten; und daher muß er auch die natürliche Fähigkeit besitzen, die fremde Willenserklärung aufzunehmen, zu bewahren und auszurichten,[36]) kurz die oben bestimmte Übermittelungsfähigkeit. Diese Feststellung ist wie ein mathematisches Axiom einer Begründung unzugänglich: Es ist logisch einfach nicht denkbar, daß man eine Person, die nicht imstande ist, Worte aufzunehmen — sei es zu hören, sei es zu behalten — als Boten benutzt; wenn ich an einen Säugling im Steckkissen die Aufforderung richte, seinem Vater meine Kündigung auszurichten, dann ist das rechtlich vollkommen unbeachtlich, es widerspricht dem normalmenschlichen Botenbegriff. Dies alles muß für den Empfangsboten genau so gelten wie für den Absendungsboten.

Diese Auffassung steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts. In der Entscheidung Bd. 60 S. 337 verlangt es, daß die Mittelsperson, in diesem Falle die Ehefrau des Adressaten, „zur Wiedergabe der Erklärung geeignet war.... es muß erhellen, daß sie die erforderliche geistige Fähigkeit besitzt". Dieses Erfordernis ist nichts anderes als die von mir bestimmte Übermittelungsfähigkeit, denn das Wiedergebenkönnen setzt das Aufnehmen- und Behaltenkönnen voraus.

f) Bei einer vergleichenden Betrachtung der bisher im I. Absatz gewonnenen Ergebnisse zeigt es sich, daß einerseits auch ein im Sinn des BGB. Geschäftsunfähiger Empfangsvertreter sein könnte und daß andererseits ein vollkommen Handlungsunfähiger nicht Empfangsbote sein kann, sondern daß für beide Erscheinungsformen die gleiche geistige Eigenschaft, die Übermittelungsfähigkeit erforderlich ist — wie es auch der Tatsache entspricht, daß beide genau die gleiche Tätigkeit haben. Der von der herrschenden Lehre gemachte Unterschied in dem Maß der Geschäftsfähigkeit besteht also nicht und zwingt daher nicht zu der Annahme einer Empfangsvertretung.

II. Der zweite Unterschied, den die herrschende Lehre zwischen Empfangsvertretung und Empfangsbotenschaft feststellen zu müssen glaubt, betrifft die Anwendung des § 166, nach dessen Vorschrift die Folgen von Willensmängeln und der Kenntnis gewisser Umstände aus der Person des Vertreters beurteilt werden.

a) Auf der Erklärungsseite gilt § 166 nur für den Vertreter, nicht

---

[36]) Enneccerus, Bd. I § 166 S. 545; Hölder, Komm. S. 293, nach dessen Ansicht der Bote seiner tatsächlichen Beschaffenheit nach geeignet sein muß, Mitteilungen an den Adressaten zu übermitteln. Ebenso Staudinger, Bd. I S. 852, der auch „tatsächliche Übermittlungsfähigkeit" verlangt.

dagegen für den Boten.[37]) Bei der grundsätzlichen Gleichbehandlung von Erklärungs- und Empfangsseite durch die herrschende Lehre ist anzunehmen, daß sie § 166 auch auf den Empfangsvertreter angewendet wissen will — ausdrückliche Bemerkungen darüber fehlen. Diese Anwendung ist jedoch nicht möglich, sondern beim Empfangsvertreter müßten sich die Folgen der Willensmängel und der Kenntnis gewisser Umstände nach dem Vertretenen richten, genau wie beim Empfangsboten, und zwar aus folgenden Gründen:

1. Es ist zunächst festzustellen, daß sich aus § 166 nicht der allgemeine Grundsatz ergibt, daß die Person des Vertreters in jedem Fall allein für den Geschäftsabschluß bedeutsam sei. Einer solchen engen Auslegung hat die Ergänzungsvorschrift des § 166 Abs. II einen Riegel vorgeschoben: Hat der Vertretene dem Vertreter bestimmte Weisungen erteilt, kann also der Vertreter nicht mehr unabhängig nach seinem eigenen Willen auf das Geschäft einwirken, so ist nicht seine Person, sondern derjenige, nach dessen Willen er das Geschäft abschließt, also der Vertretene, für das Kennen und Kennenmüssen gewisser Umstände rechtlich beachtlich. Andererseits wird man aber in diesem Fall auch sagen müssen, daß die Person des Vertretenen nur insoweit bedeutsam ist, als die Weisungen, die er dem Vertreter erteilt hat, von Tatsachenkenntnis veranlaßt worden sind, d. h. also, wenn er die Tatsache, auf deren Kenntnis es ankommt, also z. B. einen Mangel, bei der Erteilung der Weisungen kannte oder fahrlässig nicht kannte; war das nicht der Fall, dann kommt es wieder nicht auf seine, sondern auf die Person des Vertreters an.[38]) Aus der Gegenüberstellung der freien und der weisunggebundenen Tätigkeit des Vertreters ist der im § 166 mit aller Schärfe ausgedrückte allgemeine Rechtssatz zu entnehmen, daß für ein Rechtsgeschäft immer die Person desjenigen bedeutsam ist, dessen Wissen und Willen den Geschäftsinhalt maßgeblich beeinflußt hat, sei es des Vertreters, sei es des Vertretenen, sei es beider.[39])

2. Dieser Grundsatz hat dazu geführt daß bei der Botenschaft im Gegensatz zur Stellvertretung immer nur der Herr des Boten für Willensmängel und Kenntnis enscheidend ist, da der Bote — wie

---

[37]) Enneccerus, Bd. I § 169 S. 557; Staudinger, Bd. I § 166 S. 854; R.G.R.K. Bd. I § 166 S. 209.

[38]) Rosenberg S. 238; Rehbein, Bd. I § 166 S. 258; Hupka S. 68; Enneccerus Bd. I § 169 S. 557; Planck, Bd. I § 166 S. 439, sagt: „Vorausgesetzt wird indessen, daß die Weisung im Zusammenhang steht mit demjenigen Umstand, auf dessen Kennen oder Kennenmüssen es ankommt."

[39]) Rosenberg S. 238; Staudinger, Bd. I § 166 S. 854; Enneccerus, Bd. I § 169 S. 556; R.G.R.K. Bd. I § 166 S. 209; Planck, Bd. I § 166 S. 440; ähnlich auch R.G. Bd. 95/129 u. VVG. § 2 Abs. 3, § 19.

oben § 3, II ausgeführt — niemals einen eigenen Willen bildet, sondern immer nur den erklärten Willen seines Herrn überbringt. Fleck [40]) führt dazu aus: „Entscheidend ist der Wille desjenigen, der wirklich Willensproduzent ist; daraus ergibt sich, daß es auf den Willen des Boten als einer Person, die in Bezug auf den Geschäftswillen bloß passiv an der Transaktion beteiligt ist, nicht ankommen darf".

b) Gegenüber den in 1 und 2 festgestellten Ergebnissen muß man sich vor Augen halten, was oben bereits erörtert wurde: Der Empfangsvertreter unterscheidet sich vom Erklärungsvertreter in genau der gleichen Art wie der Bote vom Erklärungsvertreter: Es ist beim Boten genau so wenig eine eigene Willensbetätigung möglich und denkbar wie beim reinen Empfangsvertreter, der nur eine Erklärung in Empfang nimmt: Der Empfangsvertreter ist genau so wenig Willensproduzent wie der Bote, und was Planck [41]) in seiner Bekämpfung Rosenbergs sagt: „Es ist etwas Verschiedenes, den in der Erklärung enthaltenen Inhalt selbst zu wollen (wie der Erklärungsvertreter) oder sich diesem Inhalt gegenüber durchaus gleichgültig zu verhalten, wie der Bote", gilt genau so für den Empfangsvertreter. Auch er verhält sich dem Inhalt der Willenserklärung gegenüber durchaus gleichgültig. Die übereinstimmenden Äußerungen des Schrifttums [42]), nach denen bei der Botenschaft die Person des Herrn für Willensmängel und Kenntnis entscheidend sei, da der Bote keine Willensbetätigung entfalte. müssen genau so für den Empfangsvertreter gelesen werden, denn bei ihm ist dasselbe der Fall.

c) Ganz einleuchtend sind diese Ergebnisse für die Frage der Willensmängel. Bedenken könnte man höchstens haben bei der Tatsache des Kennens und Kennenmüssens, da hierzu eine Willensbetätigung, die beim Empfangsvertreter zweifelsfrei nicht vorhanden ist, nicht notwendig scheint wie bei den Willensmängeln. Demgegenüber ergibt sich jedoch aus dem Sinne des § 166 Abs. 2, daß auch für die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis bei der Empfangsvertretung die Person des Vertretenen, nicht des Vertreters maßgeblich sein muß: Die Kenntnis des Vertreters ist nur dann bedeutsam, wenn er die Möglichkeit hat, aus seiner Wissenschaft die entsprechenden Folgerungen für das Geschäft zu ziehen, nicht aber, wenn er — sei es durch Weisungen, sei es anderweitig — fest gebunden ist. Der Empfangs-

[40]) Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 15 S. 346.

[41]) Bd. I § 164 S. 430; Die Motive, Bd. 15 I S. 229, sagen hierzu: „Willensmängel können nur da gesucht werden, wo die Willensentscheidung stattgefunden hat."

[42]) Oben II, a, Anm. 37 zitiert.

vertreter ist aber immer fest gebunden, das liegt in seiner Natur als Nurempfänger, die es ihm unmöglich macht, seine Kenntnis nach außen hin zu verwerten. Die Kenntnis ist nur für den bedeutsam, der sich aktiv am Geschäft beteiligen kann [43]), nicht für den Empfangsvertreter.

d) Mit der Feststellung, daß beim Empfangsvertreter für Willensmängel, Kenntnis und fahrlässige Unkenntnis die Person des Vertretenen entscheidend sein muß, ist auch dieser Unterschied zwischen beiden Erscheinungsformen des Empfangens für einen anderen ausgeräumt.

§ 6. Der Unterschied zwischen Empfangsvertretung und Empfangsbotenschaft im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der empfangenen Willenserklärung.

Die beiden im § 5 beseitigten Unterschiede zwischen Empfangsvertretung und Empfangsbotenschaft, die unmittelbare Folgen des Wesens sind, sind aber nicht die einzigen; die Rechtslehre hat den bedeutsamsten Unterschied in der Wirkung von Empfangsvertretung und Empfangsbotenschaft gemacht, und zwar in der Frage, wann eine Willenserklärung für und gegen den Erklärungsempfänger wirksam geworden ist; man hat nämlich im allgemeinen die Ansicht vertreten, daß eine Willenserklärung mit Abgabe gegenüber dem Empfangsvertreter für und gegen den Vertretenen wirksam sei, während der Empfangsbote die Willenserklärung erst seinem Herrn ausrichten oder sich jedenfalls in seinem Geschäftslokal oder seiner Wohnung befinden müsse, damit sie Wirksamkeit für und gegen den Herrn erlange. Es soll daher im Folgenden untersucht werden, ob dieser Unterschied — immer noch unterstellt, daß es eine Empfangsvertretung gebe — denn wirklich besteht.

I. Um das feststellen zu können, muß zunächst untersucht werden, wann überhaupt eine empfangsbedürftige Willenserklärung wirksam wird. Das BGB enthält Vorschriften darüber in den §§ 130—132, von denen hier nur der § 130 interessiert. Dort ist gesagt, daß eine Willenserklärung, die einem Abwesenden gegenüber abzugeben ist, in dem Zeitpunkt wirksam wird, in welchem sie ihm zugeht.

a) Aus dieser Vorschrift hat man im Schrifttum folgende Schlüsse gezogen: [44])

[43]) Stoll in Arch. f. ziv. Pr. Bd. 131 S. 230.

[44]) Oertmann, Bd. I § 130 S. 460; v. Tuhr, Bd. II § 61 S. 433; Loewenwarter, Bd. I § 130 S. 177; Titze in Iherings Jahrb. Bd. 47 S. 379.

1) Das Wort „Zugehen" könne lediglich von einer verkörperten Erklärung gebraucht werden. Unter einer solchen verstehe man eine Erklärung, die einen den Augenblick der Erklärungshandlung überdauernden Niederschlag gefunden habe, in dessen Form sie die Erklärungsgegner ohne weitere Tätigkeit des Erklärenden wahrnehmen könne, also z. B. Brief, Telegramm, besprochene Grammophonplatte, Zeichnung usw. [45]) Wo die Abgabe der Erklärung nicht in der Herstellung und Absendung eines solchen körperlichen Substrates bestehe, könne nach dem Sprachgebrauch von einem Zugehen nicht gesprochen werden.

2. Es ergebe sich aus dem Wortlaut des § 130, daß ein Zugang nur an Abwesende möglich sei, da andernfalls das Wort „an Abwesende" überflüssig sei und es genügt hätte, lediglich vom Zugang zu sprechen.

3. Da es einen Zugang nur verkörperter Willenserklärungen gebe und da ein Zugang nur an Abwesende mögich sei, sei also an Abwesende eine Abgabe von Willenserklärungen nur in verkörperter Form möglich — der Begriff „abwesend" in § 130 könne daher vollkommen durch den der „verkörperten Willenserklärungen" ersetzt werden.

4. Da nur verkörperte Erklärungen zugehen könnten (1), könnten nichtverkörperte Willenserklärungen nur unmittelbar vernommen werden.

5. Da ein Zugang nur an Abwesende möglich sei (2), könnten Anwesende eine Willenserklärung nur vernehmen.

6. Da vernommen werden könne nur eine nichtverkörperte Willenserklärung und da vernehmen könnten bloß Anwesende, könne die Abgabe einer Willeserklärung an Anwesende nur in der Form der nichtverkörperten Willenserklärung geschehen — der Begriff „unter Anwesenden" sei gleichzusetzen dem der „nichtverkörperten Willenserklärung". Demgemäß müsse eine verkörperte Erklärung, die einem Anwesenden übergeben werde, wie eine solche unter Abwesenden behandelt werden.

b) Diese unter 1—6 wiedergegebenen Folgerungen sind nicht frei von Fehlern.

Zu 1 und 4: Zunächst einmal ist festzustellen, daß der Begriff des Zuganges nicht ausschließt, daß er auch auf nichtverkörperte

---

[45]) Schon hier ist zu bemerken, daß der Ausdruck „verkörperte Willenserklärung" logisch unrichtig ist; eine Erklärung ist eine Handlung, die nicht verkörpert werden kann. Der Brief z. B. ist nicht eine Verkörperung, sondern ein Produkt der Erklärungshandlung. Wohin diese Unlogik führt, wird später in II, aaa erörtert.

Willenserklärungen Anwendung finden könnte. Dazu muß erst der Begriff des Zuganges geklärt werden.

Im allgemeinen wird als zugegangen eine Erklärung dann angesehen, wenn der Erklärende alles getan hat, was er seinerseits zu bewirken hatte, um dem Erklärungsgegner die Möglichkeit der Kenntnisnahme von dem Inhalt der Erklärung zu verschaffen [46]). Fraglich könnte hierbei erscheinen, welcher Maßstab dafür entscheident sein soll, ob der Erklärende alles seinerseits Erforderliche getan hat. Teilweise wird angenommen, daß es der Beurteilung des Erklärenden selbst unterliegen müsse, ob er alles Erforderliche getan habe. [47]) Diese — man möchte sagen — subjektive Zugangstheorie ist jedoch abzulehnen. Sie würde der vom BGB mit dem § 130 ausdrückich verworfenen Äusserungstheorie beinahe gleichkommen und den Erklärenden unbillig bevorzugen; denn wie sollte ihm jemalls nachgewiesen werden, daß er nicht fest überzeugt gewesen sei, alles seinerseits Erforderliche getan zu haben? Man muß sich deshalb auf den Standpunkt der objektiven Zugangstheorie stellen, nach welcher das Maß der vom Erklärenden zu fordernden Tätigkeit nach normalem menschlichen Ermessen, nach dem im Regelfall Notwendigen bestimmt wird [48]); der Vergleich mit der Fahrlässigkeit im Strafrecht liegt nahe, bei welcher zwar auch die persönlichen Verhältnisse des Täters wie hier eine der Besonderheit jeder Erklärung angepaßte Tätigkeit des Erklärenden entscheidend sind, bei der aber an das Maß der Sorgfalt, die er auf Grund dieser besonderen Verhältnisse anzuwenden hat, doch wieder ein objektiver Maßstab angelegt wird.

Der Erklärende braucht also dem Gegner nicht die Kenntnis selbst, sondern nur die „empirisch begründete Möglichkeit der Wahrnehmung" [49]) zu verschaffen. Daraus folgt, daß die Erklärung dem Empfänger auch dann zugegangen ist, wenn zwar der Erklärende alles seinerseits Erforderliche getan hat, der Empfänger aber von der ihm gebotenen Wahrnehmungsmöglichkeit keinen Gebrauch gemacht hat, also wenn er z. B. den Brief nicht geöffnet oder nicht aus dem Hausbriefkasten oder dem Schließfach genommen oder einen eingeschriebenen Brief trotz Benachrichtigungsscheines nicht abgeholt hat. Über diese Folge ist man sich im Schrifttum einig und das ist auch ver-

---

[46]) Enneccerus, Bd. I § 149 S. 489; Staudinger, Bd. I § 130 S. 657; Siméon-David, Bd. I § 27 S. 206.

[47]) So Henle, Bd. I § 11 S. 59; Leonhard in Iherings Jahrb. Bd. 41 S. 36; Max Breit S. 12.

[48]) Enneccerus, Bd. I § 149 S. 489; Staudinger, Bd. I § 130 S. 657 ff.; Cosack, § 59, I, 1, a S.

[49]) Staudinger, Bd. I § 130 S. 657.

ständlich, soweit es sich um Willenserklärungen an Abwesende handelt, für die allein § 130 nach der oben dargelegten Meinung gilt. Trotzdem aber steht man allgemein auf dem Standpunkt,[50]) daß auch eine Willenserklärung unter Anwesenden wirksam geworden ist, wenn der Erklärungsgegner sie deshalb nicht vernommen hat, weil er die Möglichkeit, sie zu vernehmen, nicht ausgenutzt hat, also wenn er z. B. den Telefonhörer weglegt oder dem Erklärenden nicht zuhört oder sich die Ohren zuhält. Das aber ist nichts anderes als ein Fall des Zuganges im Sinn des § 130 bei einer nichtverkörperten Willenserklärung, da der Erklärende alles seinerseits Erforderliche getan hat, um dem Gegner die Kenntnis zu verschaffen. Es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern sich aus dem oben dargelegten Zugangsbegriff ergeben sollte, daß er nur für verkörperte Willenserklärungen gelten kann. Der Gesetzgeber wollte mit dem Wort „Zugehen" einen Fachausdruck schaffen, der den Eintritt einer Willenserklärung in den Machtbereich des Erklärungsempfängers kennzeichnet; ein solcher Eintritt ist bei nichtverkörperten Erklärungen genau so gut möglich wie bei verkörperten.

Zu 2 und 5: Daß § 130 nur von einem Zugang an Abwesende spricht, zwingt noch nicht zu dem Schluß, daß es keinen Zugang unter Anwesenden gebe; denn § 130 will nur sagen, daß bei einer Erklärung an Abwesende die Kenntnis von der Erklärung nicht erforderlich ist. Daraus ergibt sich aber noch nicht, daß bei einer Erklärung unter Anwesenden die Kenntnis notwendig ist, wie auch oben beim Zugangsbegriff schon dargelegt wurde. Daß ein Zugang nicht nur an Abwesende möglich ist, ergibt sich auch schon aus dem Widerspruch, der darin liegt, daß nach der zu 2) und 5) wiedergegebenen Ansicht verkörperte Willenserklärungen, die einem Anwesenden übergeben werden, als solche an einen Abwesenden „behandelt" werden müssen. In diesem Falle liegt eben offensichtlich ein Zugang einer verkörperten Willenserklärung an einen Anwesenden vor. Etwas Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus § 147; dort ist gesagt, daß Anträge unter Anwesenden nur sofort, unter Abwesenden innerhalb einer den normalen Umständen entsprechenden Antwortfrist angenommen werden können. Daraus ist nichts dafür zu entnehmen, daß nichtverkörperte Erklärungen nicht zugehen könnten. Für § 147 ist es aber zweckmäßiger, die Begriffe der nichtverkörperten und verkörperten Erklärung zu verwenden, da eine verkörperte Erklärung an einen Anwesenden nicht sofort angenommen zu werden braucht; denn der Sinn des § 147 ist, daß Anträge, die unmittelbar

[50]) Enneccerus, Bd. I § 149 S. 492; Planck, Bd. I § 130 S. 330.

vom Antragsempfänger vernommen werden können, auch sofort ihre Antwort erhalten, während solche, die durch das Mittel eines körperlichen Niederschlags zur Kenntnis des Empfängers gebracht werden, erst nach entsprechender Frist ihre Antwort zu finden brauchen [51]). Dieser Unterschied zwischen nichtverkörperten und verkörperten Willenserklärungen hinsichtlich der Antwortfrist zwingt jedoch nicht dazu, den gleichen Unterschied auch für den Zeitpunkt des Wirksamwerdens einer Willenserklärung zu machen; im Gegenteil erscheint die Unterscheidung für den Zugang überflüssig, da nach den bisherigen Darlegungen angenommen werden muß, daß sowohl für verkörperte wie für nichtverkörperte Willenserklärungen der Zugang zur Wirksamkeit genügt und der Zugang sowohl unter Anwesenden wie unter Abwesenden möglich ist. Auf diesem Standpunkt stehen auch überwiegend Rechtssprechung und Schrifttum [52]).

II. Nunmehr kann untersucht werden, wann eine Willenserklärung, die an einen Empfangsmittler abgegeben wird, Wirksamkeit erlangt.

a) Für den Fall der Empfangsvertretung sieht die herrschende Meinung die Lösung im § 164: Danach steht der Empfangsvertreter an Stelle des Erklärungsempfängers selber und es gelten genau dieselben Grundsätze wie bei diesem, d. h. nach dem oben § 6, I Entwickelten: Eine empfangsbedürftige Willenserklärung wird für und gegen den Erklärungsempfänger wirksam, wenn sie seinem Empfangsvertreter zugeht, und zwar müßte das nach dem zu I eingenommenen Standpunkt unabhängig davon der Fall sein, ob es eine nichtverkörperte oder eine verkörperte Willenserklärung ist.

b) Im Fall der Empfangsbotenschaft gibt es keine Möglichkeit, die nicht von irgendeinem Schriftsteller vertreten würde.

1. Es empfieht sich daher, zunächst einmal einen Überblick über die verschiedenen Ansichten zu geben. Dabei muß man berücksichtigen, daß ein großer Teil des Schrifttums an der Auffassung festhält, nach welcher nichtverkörperte Erklärungen vernommen werden müssen, bei verkörperten dagegen der Zugang genügt. Daraus ergibt sich eine große Unterteilung in Erklärungen an den Empfangsboten in nichtverkörperter oder verkörperter Form.

aa) Wenn man zunächst einmal die nichtverkörperten Willenserklärungen an einen Empfangsboten betrachtet, so lassen sich da

---

[51]) R.G. Bd. 61 S. 415; Bd. 83 S. 106; Staudinger, Bd. I § 147 S. 772.

[52]) Staudinger, Bd. I Vorbem. III 6 vor § 116 S. 550, und die dort angegebenen; Koppers in Gruchot, Bd. 46 S. 225; Hölder, Festgabe S. 20; R.G. Bd. 61 S. 415; 83 S. 106; 50 S. 191; 58 S. 407; 60 S. 336; 91 S. 60.

mehrere Auffassungen unterscheiden, je nachdem , wie man den Charakter der Erklärung an den Empfangsboten für dessen Herrn, den Erklärungsempfänger, auffaßt, ob sie im Verhältnis zu diesem eine Willenserklärung unter Anwesenden oder unter Abwesenden ist.

aaa) Dabei müssen die Schriftsteller, die „abwesend" im § 130 durch „verkörperte Willenserklärung" ersetzen, zu dem Schluß kommen, daß eine Willenserklärung an einen anwesenden Empfangsboten auch für den Erklärungsempfänger eine solche unter Anwesenden ist, da sie nicht verkörpert ist, wobei dieser Begriff noch eng gefaßt und im Grunde gleich schriftlich gesetzt wird [53]). Für diese wird dann die Erklärung erst dadurch wirksam, daß sie der Erklärungsempfänger vernimmt, also nur wenn sie der Empfangsbote ausrichtet Daß schon die Gleichsetzung von „verkörperter Willenserklärung" mit einer solchen „ an einen Abwesenden" einen Fehlschluß enthält, wurde bereits oben I, b) klargelegt. Hier wird er ganz offenbar: Wenn nach dieser Ansicht eine Erklärung durch einen Empfangsboten keine verkörperte Erklärung ist, so kann sie doch auch nicht unmittelbar vom Erklärungsempfänger vernommen werden wie eine Erklärung durch Reden von Partei zu Partei oder durchs Telefon und kann daher auch nicht wie eine solche nichtverkörperte Erklärung wirksam werden; denn das Vernehmen des Empfangsboten kann nach dieser Ansicht nicht die Wirksamkeit herbeiführen, weil er damit Vertreterstellung bekäme; die Ausrichtung durch ihn ist aber kein unmittelbares Vernehmen durch den Erklärungsempfänger. Man sieht hier, wohin die Unlogik des Begriffes der „verkörperten Willenserklärung" führt, wie oben § 6, I, a, 1 Anm. 2 erklärt: Die Kenntnis des Boten vom Inhalt der Willenserklärung ist genauso ein Produkt der Erklärungshandlung wie ein Brief, sodaß man deshalb auch mündliche Willenserklärungen an einen Empfangsboten als verkörperte anzusehen hätte; es müßte demnach richtigerweise schon nach dieser Ansicht nicht nur „verkörperte Erklärungen, die einem Abwesenden zugehen" können, geben, sondern auch „verkörperte Erkärungen durch Boten".

bbb) Eine andere Ansicht sieht zwar eine nichtverkörperte Willenserklärung an einen Empfangsboten für dessen Herrn als solche unter Abwesenden an, läßt dann aber trotzdem nicht den Zugang genügen, sondern fordert das Vernehmen durch den Erklärungsemp-

---

[53]) So vor allem Oertmann, Bd. I § 130 S. 460, u. Recht 06 S. 727; ihm folgend v. Tuhr, Bd. II § 61 S. 433; Loewenwarter, Bd. I § 130 S. 177; Rosenberg S. 230; Falkmann S. 30; Jung S. 74, 79; Kohler, Bd. I § 189 S. 431; Lehmann S. 203.

fänger zur Wirksamkeit.[54]) Zur Begründung wird angeführt, ein Zugang an den Erkärungsempfänger könne deshalb nicht eingetreten sein, weil es noch nicht allein von seiner Tätigkeit, sndern auch von der des Empfangsboten abhängig sei, ob der Erklärungsempfänger die Willenserklärung wahrnehmen könne. Diese Einschränkung ist willkürlich und im Begriff des Zuganges nicht enthalten. Es kann nicht auf die Tätigkeit des Empfangsboten und sein Verhältnis zum Erklärungsempfänger, sondern, nur auf das Tun des Erklärenden für die Frage ankommen, ob eine Erklärung als zugegangen anzusehen ist oder nicht. Das folgt aus dem Begriff der Zugangstheorie, nach der der Erklärende die Willenserklärung soweit in den Machtbereich des Erklärungsempfängers zu bringen hat, als seinerseits möglich ist, um für den Empfänger nach normalem menschlichen Ermessen die Vernehmung zu gewährleisten. Was sich an Nichtvoraussehbarem dazwischenschiebt, kann dem Erklärenden nicht zugerechnet werden. Er hat daher alles für den Zugang Erforderliche, aber auch Genügende getan, wenn er die für den Erklärungsempfänger bestimmte Willenserklärung einem geeigneten und zuverlässigen Empfangsboten des Erklärungsempfängers mitgeteilt hat. Ob der Empfangsbote geeignet und zuverlässig ist, kann allerdings nicht der subjektiven Beurteilung des Erklärenden unterliegen, sondern dafür muß es im Sinn der objektiven Zugangstheorie auf das normalle menschliche Ermessen, auf den Regelfall ankommen. Demnach ist jedenfalls nicht erforderlich für den Zugang, daß die Willenserklärung tatsächlich nachher ausgerichtet wird. Diese Ansicht tritt auch in fast allen zu dieser Frage ergangenen Reichsgerichtsentscheidungen zutage. Im Widerspruch zu dieser Ansicht scheinen lediglich die R. G. Entscheidungen Bd. 60 S. 337 und Bd. 56 S. 264 zu stehen. Bei der ersteren ist eine Rückdatierung der Wirksamkeit einer Willenserklärung auf den Zeitpunkt des Zuganges vorgenommen und die tatsächliche Ausrichtung als Beweismittel für die vom R. G. verlangte „Geeignetheit" des Empfangsboten angesehen worden. Das R. G. knüpft jedoch an die Tatsache, daß in diesem praktischen Fall die Erklärung ausgerichtet worden ist, keineswegs den Schluß, daß eine solche Ausrichtung immer ein Erfordernis des Zuganges ist. In der Entscheidung Bd. 56 S. 264 sagt dann das R. G.: „Entscheidend für die Frage des Zugehens ist nicht das Tun des Erklärenden, sondern die Tatsache, daß die Erklärung in die Hände oder in die Verfügungsgewalt des Empfängers gelangt ist". Diese Gegenüberstellung von

[54]) James Breit S. 664; Koppers S. 230; Planck, Bd. I § 130 S. 330; Plettenberg S. 68.

„Tun des Erklärenden" und „in die Verfügungsgewalt gelangen" ist nicht richtig: Das Tun des Erklärenden muß darauf gerichtet sein, die Erklärung in die Verfügungsgewalt des Empfängers gelangen zu lassen. Das war es in diesem besonderen Falle nicht — der Erklärende hatte nämlich die Erklärung mittels eingeschriebenen Briefes abgegeben; dieser konnte gemäß § 39 der alten Postordnung nicht an einen Angestellten als Empfangsboten ausgehändigt werden, sondern wurde diesem nur verschlossen vorgezeigt. Damit mußte der Erklärende rechnen, er hat daher nicht alles seinerseits Erforderliche getan, um die Erklärung in die Verfügungsgewalt des Empfängers gelangen zu lassen — denn daß dazu das Vorzeigen an den Empfangsmittler nicht genügt, ist selbstverständlich. Eine präjudizielle Bedeutung kommt daher obigem Satz nicht zu. Im Gegenteil hat sich später das Reichsgericht ausdrücklich auf den Standpunkt gestellt, daß es auf das Tun des Erklärenden ankommt; so sagt es in Bd. 95 S. 317: „Hat derjenige, welchem der Vertrag eine befristete Rechtsausübung einräumt, alles getan, was in seinen Kräften stand, um unter Anpassung an die gegebenen Einrichtungen seine Erklärung dem anderen Vertragsteil rechtzeitig zugehen zu lassen, und ist der Mißerfolg lediglich auf die Umstände zurückzuführen, welche in der Person des Empfängers lagen, so muß die Erklärung als rechtzeitig zugegangen erachtet werden". Das Reichsgericht hat sich insbesondere in ständiger Rechtsprechung auf den Standpunkt gestellt, daß eine nichtverkörperte Willenserklärung mit der Mitteilung an einen Empfangsboten dessen Herrn zugegangen ist, so in Bd. 61/127, 102/295, und in JW. 22 S. 1194.

ccc) Eine dritte Ansicht geht noch einen Schritt weiter und nimmt an, daß die einem Empfangsboten abgegebene Willenserklärung dann dem Erklärungsempfänger zugegangen sei, wenn sich der Empfangsbote in dessen Haus oder Geschäftslokal befunden habe, dagegen nicht, wenn sie einem Empfangsboten außerhalb des Machtbereiches des Erklärungsempfängers mitgeteilt sei.[55]) Diese Ansicht verkennt die Tatsache, daß es der Rechtsfigur des Empfangsboten eigen ist, daß dieser selbst und alle von ihm empfangenen Willenserklärungen im Machtbereich des Adressaten stehen.

bb) Bei verkörperten Willenserklärungen durch einen Empfangsboten herrscht in den wesentlichen Fragen eine größere Übereinstimmung im Schrifttum. Nur vereinzelt wird die Ansicht vertreten, daß eine verkörperte Willenserklärung an einen Empfangsboten zu ihrer

[55]) Jung S. 74, 79; Oertmann, Bd. I S. 461, u. Recht 06 S. 727; Kohler, Bd. I § 189 S. 431; Lehmann S. 203.

Wirksamkeit auf jeden Fall erst in den Händen des Erklärungsempfängers sein müsse.[56]) Im allgemeinen ist man der Auffassung, daß eine Willenserklärung dem Erklärungsempfänger zugegangen sei, wenn sie seinem Empfangsboten übergeben sei,[57]) jedoch mit der wesentlichen Einschränkung, daß sie dem Empfangsboten in der Wohnung oder dem Geschäftslokal des Erklärungsempfängers übergeben sein müsse oder, wenn dies nicht der Fall sei, jedenfalls erst dann dem Erklärungsempfänger zugegangen sei, wenn der Empfangsbote sie bis in das Geschäftslokal oder die Wohnung des Erklärungsempfängers gebracht habe, ohne daß sie jedoch diesem übergeben zu sein brauche.[58]) Diese Einschränkung erscheint bei der verkörperten Willenserklärung noch viel weniger gerechtfertigt als bei der nichtverkörperten. Schon bei dieser letzteren muß man sich auf den Standpunkt stellen, daß sie dem Erklärungsempfänger zugegangen ist, wenn der Erklärende sie einem Empfangsboten mitgeteilt hat, von dem unter normalen Umständen erwartet werden konnte, daß er die Willenserklärung dem Erklärungsempfänger ausrichten werde. Genau das Gleiche muß gelten, wenn eine Willenserklärung dem Empfangsboten nicht mündlich sondern in verkörperter Form übergeben wird; denn es ist klar, daß die Verfügungsgewalt des Empfängers der Willenserklärung umso stärker ist, je mehr sich die Willenserklärung konkretisiert; eine Willenserklärung, die bereits verkörpert in der Hand des Empfangsboten ist, ist viel nachdrücklicher in der Gewalt des Erklärungsempfängers als eine Willenserklärung, die nur im Gedächtnis des Empfangsboten haftet.[59]) Mit der Abgabe an den Empfangsboten ist die verkörperte Willenserklärung aus dem Herrschaftsbereich des Erklärenden in den Machtbereich des Erklärungsempfängers gekommen, gleichgültig ob der Empfangsbote, dem der Brief übergeben wird, im Geschäftslokal oder Hause des Erklärungsempfängers — am „Adressatsort“[60]) — sich aufhält oder ob er sich im Augenblick der Übergabe des Briefes im Hause des Übergebenden oder auf der Straße be-

---

[56]) Thiele im Arch. f. ziv. Praxis Bd. 89 S. 138.

[57]) Titze in IJ. Bd. 47 S. 385; Leonhard in IJ. Bd. 41 S. 36; Enneccerus, Bd. I § 149 S. 490; v. Tuhr, Bd. II § 61 S. 434; Oertmann, Bd. I § 164 S. 455; R.G. Bd. 50/195; 56/263; 58/407; 60/336; 91/62; 95/317; 110/34.

[58]) Titze in IJ. Bd. 47 S. 427; Planck, Bd. I § 130 S. 329; v. Tuhr, Bd. II § 61 S. 434; Enneccerus, Bd. I § 149 S. 490; Max Breit S. 13, und die angegebenen R.G.-Entscheidungen.

[59]) Diese Tatsache berechtigt aber nur dazu, einen Unterschied in der Übermittelungsfähigkeit des Empfangsboten zu machen, wie oben § 5, I, d und e, erörtert; sie berechtigt nicht etwa dazu, einen Unterschied in der Wirksamkeit für den Erklärungsempfänger zu machen; so auch R.G. Bd. 60 S. 336.

[60]) Max Breit S. 13.

findet: Denn genau wie oben bei der nichtverkörperten Willenserklärung stellt der Empfangsbote eine Erweiterung des Machtbereichs des Erklärungsempfängers dar, und es ist durchaus nicht ersichtlich, warum ein Unterschied bestehen soll, ob der Erklärende den Brief dem Dienstmädchen des Erklärungsempfängers in seiner oder in dessen Wohnung übergibt: Das Mädchen kann ihn genau so gut in der Wohnung wie auf der Straße verlieren [61]). Die Beherrschungsmöglichkeit des Erklärungsempfängers ist nicht größer, wenn der Brief dem Empfangsboten in seiner Wohnung übergeben wird: Man denke daran, daß der Erkärungsempfänger ausgegangen oder verreist ist, dann ist der Brief trotzdem mit der Abgabe an den Empfangsboten zugegangen, denn „der abstrakten Möglichkeit der Kenntnisnahme braucht nicht die konkrete Wirklichkeit zu entsprechen", [62]) und in diesem Falle ist doch die Möglichkeit, daß der Brief verloren geht und der Empfänger keine Kenntnis erlangen kann, bestimmt größer als in dem Fall, daß einem Dienstmädchen ein Brief in der Wohnung des Erklärenden zur Überbringung übergeben wird.

cc) Schon wenn man hier einmal immer noch unter der Annahme, daß der von den bisher angegebenen Lehrmeinungen vertretene Unterschied zwischen verkörperten und nichtverkörperten Willenserklärungen bestünde, die gewonnenen Ergebnisse gegenüberstellt, kommt man zu einer völligen Gleichheit in der Wirkung der Abgabe an einen Empfangsvertreter und an einen Empfangsboten. Es ergibt sich nämlich folgendes Bild:

1. Bei Abgabe einer nichtverkörperten Willenserklärung an den Empfangsvertreter Wirksamkeit für und gegen den Vertretenen mit dem Vernehmen durch den Empfangsvertreter.
2. Bei Abgabe nichtverkörperter Willenserklärungen an den Empfangsboten Wirksamkeit für den Erklärungsempfänger mit dem Vernehmen durch den Empfangsboten unter der Voraussetzung, daß der Empfangsbote zur Übermittelung geeignet ist (Zugang an den Erklärungsempfänger).
3. Bei verkörperten Willenserklärungen Wirksamkeit für den Erklärungsempfänger sowohl bei Zugang an den Empfangsvertreter wie an den Empfangsboten.

Es bleibt also als einziger Unterschied in der Frage des Zugehens die Tatsache, daß bei einer nichtverkörperten Willenserklärung an

[61]) Ob dann im Einzelfall noch überhaupt eine Empfangsbotenschaft und damit ein Zugang vorliegt, richtet sich nach dem Umfang der Ermächtigung — darüber später in § 7, II, b; diese Frage muß jedoch für die grundsätzlichen Erwägungen über den Zugang außer Betracht bleiben.

[62]) Titze in IJ. Bd. 47 S. 422.

einen Empfangsboten dieser geeignet sein muß, die Willenserklärung dem Erklärungsempfänger zu überbringen, während dies nach herrschender Meinung beim Empfangsvertreter nicht ausdrücklich gesagt ist. Diese Frage des Geeignetseins, der nötigen geistigen Reife zur Übermittlung der Erklärung ist in diesen Ausführungen bereits aufgetaucht und zwar oben in § 5, I d), e) und f); dort ist klargelegt, daß diese Eignung dem Begriff der Übermittelungsfähigkeit genau entspricht. Und übermittelungsfähig muß nach der hier vertretenen Ansicht sowohl der Empfangsvertreter wie der Empfangsbote sein. Die Eignung zur Übermittelung ist also nicht nur ein Erfordernis des Zuganges der Willenserklärung an den Erklärungsempfänger bei Übermittelung durch einen Empfangsboten, sondern sie ist eine Eigenschaft, die zu einer wirksamen Empfangsmittelung immer vorliegen muß, beim Empfangsvertreter genau so wie beim Empfangsboten. Und auch wenn man mit der Übermittelungsfähigkeit nicht arbeiten sondern der herrschenden Lehre folgen wollte, müßte ein Empfangsvertreter immer geeignet sein: Denn er müßte dann mindestens beschränkt geschäftsfähig sein, und daß eine beschränkt geschäftsfähige Person geeignet zur Übermittelung einer Willenserklärung ist, bedarf keiner Erörterung: Es leuchtet ein, daß die Eignung gegenüber der beschränkten Geschäftsfähigkeit ein Minus darstellt. Damit entfällt auch dieser Unterschied in der Wirkung zwischen Empfangsboten und Empfangsvertreter vollkommen [63]).

2. Ergibt sich also schon bei einer kritischen Betrachtung dieser nur scheinbar divergierenden Ansichten, daß der Zeitpunkt der Wirksamkeit einer Erklärung in beiden Fällen der Empfangsmittelung gleich ist, so muß man noch vielmehr dazu kommen, wenn man der oben § 6, I, b vertretenen Ansicht folgt. Danach ist unabhängig davon, ob die Erklärung unter Anwesenden oder unter Abwesenden, ob als nichtverkörperte oder verkörperte abgegeben ist, lediglich der Begriff des Zuganges für den Zeitpunkt der Wirksamkeit entscheidend. Zugegangen aber ist jede Willenserklärung dann, wenn der Erklärende alles getan hat, was er tun konnte, damit nach den Erfahrungen des täglichen Lebens der Erklärungsgegner von dem Inhalt der Erklärung Kenntnis erhält. Dieses Erfordernis ist erfüllt, wenn der Erklärende die Willenserklärung einem übermittelungsfähigen Empfangsboten des Erklärungsgegners mitgeteilt oder übergeben hat. Was sich dann zwischen Empfangsboten und Erklärungsempfänger ereignet, ist

[63]) Derselben Ansicht Rosenberg S. 204, der allerdings die umgekehrte Folgerung zieht wie ich und die Botenschaft abschaffen will. Beides ausdrücklich ablehnend Titze in IJ. Bd. 47 S. 424.

für den Zugang bedeutungslos, und zwar deshalb, weil der Erklärende darauf keinen Einfluß hat, also garnichts tun k a n n, um die Erklärung noch intensiver in den Machtbereich des Empfängers zu bringen. Nun kann der Erklärende, der einen Brief der Post zur Beförderung übergibt, auch nicht m e h r tun, um eine Kenntnis des Empfängers vom Inhalt des Briefes herbeizuführen; trotzdem ist ein solcher Brief mit der Absendung niemals zugegangen. Der Unterschied liegt darin, daß die Post nicht Empfangsbote des Erklärungsempfängers ist. Deshalb hat der Erklärende mit der Übergabe an sie ebensowenig genug für den Zugang getan, wie wenn er eine Erklärung einem Absendungsboten zur Ausrichtung aufträgt. Ein Empfangsbote aber stellt eine Erweiterung des Machtbereiches des Empfängers dar, er ist gleichsam sein Hörrohr oder sein Hausbriefkasten, und es ist Sache des Empfängers, nicht des Erklärenden, dafür zu sorgen, daß die Erklärung ihren Weg vollendet und schließlich vom Zugang zur Kenntnis des Empfängers gelangt. Die Grundlage dieser Machtbereichserweiterung ist die Tatsache, daß der Empfangsbote immer als vom Erklärungsempfänger ermächtigt anzusehen ist. Über diese Ermächtigung ist im nächsten Abschnitt zu sprechen.

C. Die Auswirkungen der aufgestellten Ansicht.

Es muß noch einmal betont werden, daß das Bestehen einer Empfangsvertretung nur für die Untersuchungen in § 5 und § 6 unterstellt worden ist. Schon oben in § 4 habe ich festgestellt: Der angeblichen reinen Empfangsvertretung fehlen die wesentlichen Merkmale der Vertretung in dem Maße, daß sie nicht als ein Unterfall der Vertretung bezeichnet werden kann, daß sie der Empfangsbotenschaft wesensgleich ist und daß also kein Grund besteht, einen Unterschied zwischen beiden zu machen. Es soll also künftighin nur noch von Empfangsbotenschaft die Rede sein und darunter jede Tätigkeit eines reinen Empfangens für einen anderen, also auch die bisher so bezeichnete reine Empfangsvertretung verstanden werden.

§ 7. Welche Personen sind Empfangsboten?

Bisher ist geprüft, bei welchen Erscheinungsformen des Rechtslebens eine Empfangsbotenschaft möglich ist, ferner, was eine Empfangsbotenschaft ist. Es bleibt die Frage offen, w a n n eine uns im Rechtsverkehr gegenübertretende Person ein Empfangsbote ist. Für diese Frage wird maßgebend sein die E r m ä c h t i g u n g der betreffenden Person zum Empfange der Willenserklärung durch den Erklärungsempfänger; diese Ermächtigung ist nicht gleich der Vollmacht eines Vertreters, da nicht etwa die Rechtsfigur des Empfangsvertreters in der des Empfangsboten aufgeht, sondern n u r der letztere als bestehend angesehen wird.[64]) Ermächtigung schlechthin ist das Rechtsgeschäft, durch das jemand einem anderen die Fähigkeit verleiht, auf seine, des Ermächtigenden, Rechtsverhältnisse einzuwirken. Empfangsbotenermächtigung ist die Verleihung der Fähigkeit, Wil-

[64]) Über die Frage, ob eine Unterscheidung zwischen Vollmacht und Ermächtigung notwendig ist, siehe Enneccerus, Bd. I § 191 Anm. 1a S. 626; die dort vertretene Auffassung, daß sich ein solcher Unterschied erübrige, läßt den Fall der Botenschaft außeracht und ist außerdem auch mit Rücksicht auf § 86 HGB., §§ 112, 113, 1321 BGB. als unrichtig zu bezeichnen.

lenserklärungen für den Ermächtigenden in Empfang zu nehmen. Ihrer Rechtsnatur nach ist diese Ermächtigung ein Rechtsgeschäft.[65]) Dies ist die einzige Kategorie der rechtlich erheblichen Handlungen, in die die Ermächtigung eingereiht werden kann; denn sie ist weder ein Realakt noch eine Rechtshandlung, da bei diesen die rechtlichen Folgen eintreten, ohne daß sie gewollt sind, während sie bei der Ermächtigung gerade gewollt sind. Die Bedenken, die gegen diese Ansicht geäußert werden, richten sich nicht eigentlich gegen das Wesen der Ermächtigung als Rechtsgeschäft, sondern gegen die Folgen, die sich für diese Annahme aus den §§ 111 und 131 BGB ergeben. Nach § 111 nämlich bedarf ein Minderjähriger zur Vornahme eines einseitigen Rechtsgeschäfts der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters. Will nun ein Minderjähriger eine Willenserklärung, zu welcher der gesetzliche Vertreter bereits seine Zustimmung erteilt hat, durch einen Boten befördern lassen, so bedürfte er streng genommen zur Ermächtigung des Boten einer weiteren Einwilligung; daran wird meist keiner der Beteiligten denken, so daß dann keine wirksame Botentätigkeit und damit auch keine wirksame Abgabe einer Willenserklärung — zu der an sich die Einwilligung erteilt war — vorliegen würde. Man kann jedoch dieses Bedenken damit ausräumen, daß man in der Einwilligung zu der Abgabe der Willenserklärung gleichzeitig die stillschweigende Einwilligung zu der Art der Abgabe, also der Beförderung durch einen Boten sieht. Nach § 131 BGB wird eine Willenserklärung, die an einen Minderjährigen abzugeben ist, nicht wirksam, bevor sie nicht dem gesetzlichen Vertreter zugegangen ist. Soll demnach ein Minderjähriger als Bote verwendet werden, so müßte die Ermächtigung auch an den gesetzlichen Vertreter gerichtet werden. Das wird meist garnicht möglich sein, wenn man z. B. an den Laufjungen denkt. Die Lösung gibt hier die Analogie zu § 167 BGB; danach kann die Vollmacht nicht nur dem Vertreter, sondern auch dem Dritten mitgeteilt werden; genau so wird beim Boten in der Verwendung als Bote die durch schlüssige Handlung dem Dritten mitgeteilte Ermächtigung zu sehen sein. Es bestehen demnach auch praktisch keine Bedenken, die Ermächtigung als Rechtsgeschäft anzusehen.

Bei der Frage, wer nun auf Grund einer solchen Ermächtigung Empfangsbote ist, wird man mehrere Fälle zu unterscheiden haben:

I. Die Person, die eine Willenserklärung für den Erklärungsempfänger in Empfang nehmen soll, kann ausdrücklich zum Empfang gerade dieser bestimmten Willenserklärung ermächtigt

[65]) So auch Hellwig, Lehrb. II S. 357 Anm. 8; anderer Ansicht Sperber S. 18, u. Hepner S. 16.

sein. In diesem Fall der Sonderermächtigung ist das Band, das zwischen der unmittelbar empfangenden Person und dem Erklärungsempfänger besteht, in der Bestimmtheit der zu empfangenden Willenserklärung zu sehen. Sie ist das Herrschende: Wer empfängt, ob ein Freund, die Ehefrau, ein Kind, ein Dienstmädchen oder ein Ladenangestellter des Erklärungsempfängers oder ein beliebiger, mit dem Empfang beauftragter Dritter, ist gleichgültig — vorausgesetzt, daß er die sonstigen Erfordernisse des Empfangsboten besitzt. Ebenso gleichgültig ist, wo er empfängt, ob ihm die Willenserklärung in der Wohnung oder dem Geschäft des Erklärungsempfängers oder auf der Straße oder in der Wohnung des Erklärenden übergeben wird. Das folgt aus dem erklärten Willen des Erklärungsempfängers, daß die ermächtigte Person *diese* Willenserklärung empfangen soll: Beide, Erklärungsempfänger und ermächtigte Person sind damit einverstanden und darauf innerlich vorbereitet, daß gerade diese Willenserklärung der ermächtigten Person irgendwo in der nächsten Zeit abgegeben wird: Eine in dieser Art ermächtigte Person ist dann immer Empfangsbote. Hierhin gehört auch eine Person, die als Absendungsbote eine Willenserklärung überbringen und die entsprechende Gegenerklärung in Empfang nehmen soll.[66])

Genau so ist eine *Sonderbevollmächtigung* zur Erklärung und damit auch zum Empfang der Gegenerklärung möglich: *Der so Bevollmächtigte ist dann reiner Vertreter.* Es liegt dann immer ein Fall der gemischten Erkärungs- und Empfangsvertretung vor; dies sowie der unter II a zu erörternde Fall der Allgemeinbevollmächtigung sind die einzigen Möglichkeiten des § 164 Abs. III. Daran würde auch die Tatsache nichts ändern, daß der Vertreter auf den Empfang der Gegenerklärung hin keinen eigenen Entschluß faßt, trotzdem er dazu bevollmächtigt ist, sondern erst wieder den Vertretenen benachrichtigt: Er wird deshalb nicht zum Boten der Gegenerkärung. Ein solches Zerreissen des durch die Sonderbevollmächtigung geschaffenen einheitlichen Rechtsverhältnisses in Vertretung und Botenschaft ist nicht möglich.

II. Hiervon verschieden ist der Fall zu beurteilen, daß die Person, welche die Willenserklärung in Empfang nimmt, eine Allgemein-

[66]) In diesem Fall nimmt sogar ein Teil des Schrifttums Wirksamkeit der Willenserklärung mit Abgabe an den Empfangsboten an, gleichgültig, wo die Abgabe erfolgt; so Enneccerus, Bd. I § 166 S. 547; Jung S. 86; Loewenwarter, Bd. I § 120 S. 33; zu diesem Zweck müssen die Genannten eine „stillschweigende Vereinbarung, daß mit der Abgabe die Erklärung wirksam sein solle", konstruieren — eine Konzession an die Erweiterung des Zugangsbegriffes. Dagegen ist Titze, Mißverständnis S. 239.

ermächtigung vom Erklärungsempfänger erhalten hat, und zwar entweder stillschweigend oder ausdrücklich. Bei dieser Allgemeinermächtigung sind wieder zwei Fälle zu unterscheiden:

a) Die durch Rechtsgeschäft oder Gesetz erteilte Allgemeinermächtigung ist nicht nur für ein Empfangen, sondern auch für die Abgabe von Willenserklärungen ausgesprochen; das ist nicht nur eine Ermächtigung, sondern eine Bevollmächtigung. Man wird hier für die rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung in erster Linie an den Prokuristen, für die gesetzliche an den Vormund und die Schlüsselgewalt der Ehefrau zu denken haben. Bei dieser Art der Allgemeinermächtigung, die den Bevollmächtigten zum eigenen Handeln berechtigt, ist für eine Empfangsbotenschaft kein Raum. Der Grund dafür, daß dieser Allgemeinbevollmächtigte niemals Empfangsbote ist, liegt auf der Hand: Er wird bei Verträgen meist auch die der empfangenen Willenserklärung entsprechende seinerseits abgeben und auch wenn er das nicht tut, also z. B. bei einseitigen Rechtsgeschäften, ist er vollkommen selbständig und hat Entschlußfreiheit darüber, was mit der empfangenen Willenserklärung geschehen soll: Eine Übermittelung der Willenserklärung entspricht nicht seinem Wesen, er soll garnicht übermitteln, sondern selbständig entscheiden und handeln. Eine solche Person kann man aber nicht als Empfangsboten bezeichnen, wenn eine Mittelung des Empfanges nicht bezweckt ist, sondern eine vollkommen freie Vertretertätigkeit vorliegt. Es liegt dann hier ein Fall der gemischten Erklärungs- und Empfangsvertretung vor, und man wird sagen müssen, daß jeder allgemeinbevollmächtigte Erklärungsvertreter auch Empfangsvertreter ist. Diese Form gehört nicht in diese Arbeit. Eine solche gemischte Vertretung untersteht reinen Vertretungsgrundsätzen; daher wird sich auch z. B. ein Prokurist niemals wie unter später zu erörternden Umständen ein Empfangsbote weigern können, eine Willenserklärung entgegenzunehmen, mit der Begründung, er sei dazu nicht ermächtigt; sie ist dann trotzdem zugegangen, dagegen nicht beim Empfangsboten [67]).

b) Anders ist es in dem Fall, daß die stillschweigend oder ausdrücklich erteilte Ermächtigung nicht eine Bevollmächtigung auch zum Handeln, sondern eine Allgemeinermächtigung nur zum Empfangen ist. Ist diese Allgemeinermächtigung ausdrücklich erteilt, so ist der so Ermächtigte immer Empfangsbote; ein Beispiel dafür ist der Zustellungsbevollmächtigte des § 174 ZPO.

---

[67]) Vergl. weiter unten § 9, V.

Anders dagegen ist es bei der stillschweigenden Allgemeinermächtigung, wenn der Erklärungsempfänger also den am Rechtsverkehr Beteiligten nicht klar zu erkennen gegeben hat, daß er die betreffende Person als Empfangsboten behandelt wissen und gelten lassen will, sondern wenn dies nur mittelbar aus den Umständen ersichtlich ist. Es fragt sich nunmehr, welche Personen als solcher Art stillschweigend — allgemeinermächtigte Empfangsboten anzusehen sind. Dafür können als Beispiele eine Reihe von Entscheidungen des Reichsgerichts dienen.[68])

1. So entscheidet das Reichsgericht in Bd. 60 S. 337, daß die Ehefrau des Erklärungsempfängers als zum Empfang ermächtigt anzusehen ist, nachdem es das Gleiche gelegentlich bereits in Bd. 50 S. 194, Bd. 56 S. 263 und Bd. 58 S. 407 für Familienangehörige schlechthin ausgesprochen hatte. In Bd. 58 S. 407 und Bd. 91 S. 65 ist entschieden, daß eine Hausangestellte als zum Empfang ermächtigt anzusehen ist. Desgleichen sind in Bd. 61 S. 127 und Bd. 102 S. 296 speziell für telefonische Erklärungen und in Bd. 105 S. 257 für Willenserklärungen schlechthin Angestellte des Erklärungsempfängers als empfangsermächtigt angesehen worden. In Bd. 50 S. 195 ist dann noch entschieden, daß auch die Wohnungswirtin des Adressaten empfangsermächtigt ist. Aus diesen Entscheidungen läßt sich ein leitender Gedanke entnehmen: Als Voraussetzung für die Annahme einer stillschweigenden Ermächtigung wird man anzusehen haben ein — sei es familienrechtliches, sei es schuldrechtliches — Verhältnis, das den als stillschweigend ermächtigt Anzusehenden zu einer Einwirkung auf die Angelegenheiten seines Herrn berechtigt[69]). Dieses Rechtsverhältnis braucht sich jedoch nicht unmitelbar auf den Empfang einer Willenserklärung zu beziehen; es genügt ein Rechtsverhältnis, das irgendeine Beziehung in der genannten Art zwischen Empfangenden und Erklärungsempfänger schafft. So wird genau wie für die Wohnungswirtin für die in den §§ 181—184 ZPO für die Ersatzzustellung genannten Personen ein solches Verhältnis anzunehmen sein. Das Gleiche wird

[68]) Diese im Folgenden angegebenen Entscheidungen sprechen zwar immer nur vom Zugang durch einen Empfangsboten; aber dieses ist das Zentralproblem der Empfangsbotenschaft, und da das Reichsgericht sich von rein praktischen Gesichtspunkten leiten lassen muß und keinen systematischen Aufbau schaffen will, sind die sich aus den praktischen Entscheidungen über den Zugang ergebenden Gedankengänge für den theoretischen Aufbau der Empfangsbotenschaft zu verwenden; der theoretische Aufbau aber verlangt zunächst die Feststellung, wann eine Empfangsbotenschaft vorliegt; daraus folgt dann notwendig der Zugang.

[69]) So auch Rosenberg S. 205, und Oertmann, Bd. I § 164 S. 455, der noch ausführt, daß es auf eine wirkliche Ermächtigung oder einen gegenteiligen Willen des Hausvorstandes nicht ankommen kann.

z. B. für einen Freund, der mit dem Erklärungsempfänger gemeinsam ein Zimmer gemietet hat, zu gelten haben.

2. Dem Reichsgericht genügt aber ein solches ermächtigendes Band allein nicht. In den sämtlichen angegebenen Entscheidungen ist weiter gesagt, daß eine Willenserklärung, die einem Familienmitglied, Hausangestellten oder kaufmännischen Angestellten abgegeben ist, nur dann dem Erklärungsempfänger zugegangen ist, wenn sie mit der Abgabe gleichzeitig in den Machtbereich des Erklärungsempfängers — und als solcher wird nur angesehen sein Geschäft oder seine Wohnung — gelangt ist. Demnach würde die oben 1 gekennzeichnete stillschweigende Allgemeinermächtigung nur für den Fall einen Empfangsboten entstehen lassen, wenn sich der so Ermächtigte im Geschäft oder der Wohnung des Ermächtigenden befindet. Dieser Gedanke mag für die angegebenen Entscheidungen praktisch richtig sein; für die systematische Darstellung aber ist er zu eng. Soll es anders sein, wenn die Erklärung dem im Haus vor der Tür stehenden oder im Mietshaus unten im Treppenflur befindlichen oder dem auf der Straße stehenden Empfangsboten, der gerade im Begriff ist, in das Haus seines Herrn zu gehen, ausgerichtet wird? Sicher nicht, aber wo ist dann die Grenze? Es kann auch nicht anders sein, wenn z. B. der kaufmännische Angestellte früh dem Briefträger ein paar Häuserblocks entgegengeht, damit die Post gleich bei Geschäftseröffnung da ist. Ganz verfehlt ist die örtliche Abgrenzung des Machtbereichs bei mündlichen Willenserklärungen; denn die kann der Empfangsbote in der Wohnung oder dem Geschäft genau so, vielleicht bei der Arbeit noch eher vergessen, als wenn sie ihm außerhalb irgendwo aufgetragen werden. Hieraus ergibt sich, daß der Begriff des örtlichen Machtbereichs als Abgrenzung jedenfalls zu eng ist. Allerdings wird man dem Reichsgericht folgen und sagen können, daß zwar *meist* dann eine Empfangsbotenschaft vorliegt, wenn zu dem ermächtigenden Verhältnis ein Empfang im örtlichen Machtbereich des Erklärungsempfängers hinzutritt, aber *nicht nur* dann und auch *nicht immer* dann.

3. Wenn demnach auch der örtliche Machtbereich als zusätzliche Abgrenzungsmöglichkeit zu eng und deshalb nicht brauchbar ist, so kann doch andererseits nicht verkannt werden, daß allein die Annahme eines ermächtigenden Verhältnisses der in 1 gekennzeichneten Art zu weit ist, um die Fälle des stillschweigend — allgemeinermächtigten Empfangsboten klar genug abzugrenzen; denn es sind mannigfaltige Fälle denkbar, in denen zwar ein solches ermächtigendes Rechtsverhältnis besteht, aber dennoch offenbar keine Empfangsbotenschaft vorliegt. Das wird an ein paar Beispielen kenntlich: aa) Der A., Zim-

mernachbar des eben zugezogenen und deshalb noch möbliert wohnenden bekannten Archäologen B. erzählt in Gesellschaft von dessen Anwesenheit. Der zur Gesellschaft gehörende C. bittet darauf den A., doch einmal den B. zu fragen, ob er ihm nicht eine Statuette aus der Zeit Königs Menes abkaufen wolle. bb) Der Direktor des Kunstharz-Werkes in B. wird in einer Bar mit einem Mädchen bekannt, das sich allmählich als Verkäuferin in einem großen Warenhaus herausstellt, das bei dem Werk kürzlich 10 000 Kunstharz-Aschenbecher bestellt hat. Nach einem gemeinsam verbrachten Abend gibt der Kunstharz-Direktor dem Mädchen einen Brief an den Geschäftsführer der AG, worin er das Kaufangebot annimmt. In diesen beiden Fällen würde wohl niemand behaupten wollen, daß noch eine Botenschaft im Empfang, eine Tätigkeit für den Erklärungsgegner vorliegt, obwohl das ermächtigende Verhältnis vorhanden ist. Es lassen sich noch weitere Fälle denken, in denen zu der Ermächtigung noch die Abgabe im örtlichen Machtbereich des Erklärungsempfängers kommt und in denen man trotzdem nicht von Empfangsbotenschaft wird sprechen können. Als Beispiel dafür seien angeführt: cc) Der Großkaufmann A, der am Nachmittag vergeblich versucht hat, den Bankier B zu erreichen, ruft am Abend in dessen Wohnung an und trägt der sich meldenden Hausangestellten auf, dem B auszurichten, er solle „bei eventueller Hauße ultimo Dezember 50 Vestag-Aktien bis 107 einkaufen." dd) Der Müller K. aus L. kommt in die Wohnung des Getreidehändlers D. in M., um eine Getreidebestellung zu machen; der Getreidehändler, der zur Untermiete wohnt, ist abwesend und K. trägt dessen Wohnungswirtin auf, D. solle ihm 500 Doppelzentner Weizen innerhalb 8 Tagen zu 140 M pro Doppelzentner franko L. liefern. Hier wird man eine Empfangsbotenschaft mit Rücksicht auf das Mißverhältnis zwischen der Schwierigkeit der Erklärung und der Person des Empfangenden ablehnen müssen. Es finden sich auch Entscheidungen des Reichsgerichts, in denen trotz des Vorliegens der zu 1 und 2 erörterten Erfordernisse ein Zugang und damit für diese Darstellung eine Empfangsbotenschaft verneint wird: ee) So sagt das Reichsgericht gelegentlich einer Entscheidung in Bd. 102 S. 296, daß eine Willenserklärung dem Geschäftsinhaber nicht zugegangen ist, wenn sie einer in seinem Geschäft angestellten Reinemachfrau mitgeteilt ist. ff) In Bd. 97 S. 338 ist entschieden, daß einem Angestellten eines großen Stahlwerkes eine Willenserklärung in einer Privatangelegenheit nicht zugegangen ist, wenn sie dem in der Telefonzentrale des Werkes beschäftigten Telefonfräulein zur Ausrichtung aufgetragen ist. Obwohl bei diesen sechs Beispielen dem ersten Anschein nach die verschieden-

artigsten Gesichtspunkte zur Ablehnung einer Empfangsbotenschaft führen, fällt doch auch bei allen ein gemeinsamer Gedanke auf: Das ist die Divergenz zwischen dem ermächtigenden Verhältnis und der Art des Empfanges der Willenserklärung. Der Freund und Zimmernachbar, die Wohnungswirtin werden zwar dann Empfangsbote des Erklärungsempfängers sein, wenn es sich darum handelt, die Quittungsmarke für den Parteibeitrag oder einen vom Schneider kommenden Anzug oder einen Brief oder beispielweise für einen Gepäckträger einen Auftrag, irgendwohin zu kommen, entgegenzunehmen, dagegen nicht, unter den zu aa) erwähnten Umständen einen Kaufantrag über eine wertvolle ägyptische Antiquität oder für ein kompliziertes Getreidegeschäft. Sicherlich ist eine Verkäuferin oder ein Laufjunge noch Empfangsbote auf dem Wege in das oder aus dem Geschäft, aber nicht mehr für eine Angelegenheit der Firma in einer Bar nach einer durchtanzten Nacht. Das Dienstmädchen wird zwar ermächtigt sein, einen Brief oder den Auftrag des Polizeibeamten, vor der Tür zu streuen, entgegenzunehmen, dagegen nicht den Auftrag zu einem schwierigen Börsentermingeschäft, und der Reinemachfrau wird man nicht einmal die Engegennahme eines Briefes für die Firma, bei der sie angestellt ist, zubilligen können. Diese auftauchende Divergenz wird man am besten damit umgrenzen können, daß es nicht in den Aufgabenkreis des Empfangenden gehört, in welchen ihn das ermächtigende Verhältnis zu dem Erklärungsempfänger hineingestellt hat, Willenserklärungen dieser Art oder unter solchen Umständen entgegenzunehmen. Nur dann also, wenn die zu empfangende Willenserklärung in den Aufgabenkreis gehört, liegt Empfangsbotenschaft vor. Diese Abgrenzung der Empfangsbotenschaft durch das Zusammenwirken von stillschweigender Ermächtigung und Aufgabengebiet stellt die äußerlich erkennbare Seite einer inneren Eigenschaft des Empfangsboten, nämlich der Übermittelungsfähigkeit dar. Diese Beziehung schwebt auch dem Reichsgericht vor, wenn es in Bd. 60 S. 337 verlangt, daß Hand in Hand mit der erforderlichen geistigen Fähigkeit des Empfangsboten seine Geeignetheit zur Wiedergabe zu gehen habe.

III. Einen Empfangsboten ohne jede Ermächtigung gibt es nicht. Wenn eine Person sich bereit erklärt, eine Willenserkärung für einen anderen in Empfang zu nehmen, ohne daß zwischen ihr und dem Erklärungsempfänger durch eine stillschweigende oder ausdrückliche Ermächtigung in der bisher in I, II a und b erörterten Art eine Beziehung bereits geschaffen ist, so ist diese Person niemals Empfangsbote. Das Sich-bereit-erklären allein genügt nicht, um eine solche ermächtigende Beziehung zu schaffen, da der Erklärungsempfänger da-

von garnichts weiß; Voraussetzung der die Empfangsbotenschaft begründenden Ermächtigung als Rechtsgeschäft ist aber, daß Empfangender und Erklärungsempfänger darin übereinstimmen. Auf dieses äußere Sich-bereit-erklären kann es auch schon deshalb nicht ankommen, weil es sonst überhaupt nur noch Empfangsboten gäbe; denn auch jeder offenbare Absendungsbote erklärt sich bereit, die Willenserklärung zu überbringen. Durch diese Bereiterklärung einer dem Erklärungsempfänger möglicherweise ganz unbekannten Person wird nicht eine innere Beziehung zwischen diesen beiden, sondern nur zwischen dem Erklärenden und dem sich bereit erklärenden, unmittelbar Empfangenden hergestellt: Damit erfolgt jedoch von Seiten des Erklärenden das, was § 120 BGB als „Verwendung zur Übermittelung einer Willenserklärung" bezeichnet; und da diese Verwendung durch den Erklärenden, nicht durch den Erklärungsempfänger geschieht, liegt keine Empfangs-, sondern Absendungsbotenschaft vor. Und da der so zur Übermittelung Verwendete Absendungsbote ist, kann er auch nicht durch eine nachträgliche Genehmigung seiner Tätigkeit durch den Erklärungsempfänger zum Empfangsboten gestempelt werden: Die Tätigkeit eines Absendungsboten ist von einer Genehmigung des Adressaten der Erklärung unabhängig. Aus diesem Grunde ist eine solche Person, die ohne Ermächtigung eine Erklärung für einen anderen empfängt, auch nicht vollmachtloser Empfangsvertreter: § 180 Satz 3 hat kein Anwendungsgebiet. Die von ihm verlangte Genehmigung ist für den Absendungsboten nicht möglich, und das „Einverständnis" deckt sich mit der Bereitwilligkeit, die Erklärung zu übermitteln: Sie liegt auch beim Absendungsboten vor. Daß eine Person, die ohne Ermächtigung Erklärungen empfängt, nicht Empfangsvertreter nach § 180 Satz 3 sein kann, wird auch klar, wenn man einmal die Erklärungsseite zum Vergleich heranzieht: Der Absendungsbote, der ohne Ermächtigung eine angebliche Erklärung seines Herrn überbringt, bildet damit einen eigenen Geschäftswillen und wird infolgedessen zum vollmachtlosen Erklärungsvertreter [70]). Der nichtermächtigte Empfänger einer Willenserklärung dagegen kann keinen eigenen Geschäftswillen bilden, da die Willenserklärung nicht seinem Entschluß, sondern dem des Erklärenden entspringt; das Einverständnis mit dem Empfang ist, wie schon oben § 4, I, c dargelegt, keine geschäftliche Willensbetätigung: Eine solche Person kann daher

[70]) So Enneccerus, Bd. I § 166 S. 545 Anm. 9; v. Tuhr, Bd. II S. 341; Franzke S. 47 u. 71; Sperber S. 57; diese Ansicht wird bekämpft von Staudinger, Bd. I § 179 S. 906, und Planck, Bd. I § 179 S. 475.

nicht analog zum nichtermächtigten Absendungsboten vollmachtloser Vertreter werden.

Einzelne Schriftsteller[71]) stehen für die Erklärungsseite auf dem auch in diesem Fall schon abzulehnenden Standpunkt, daß ein Bote, der eine Erklärung vorsätzlich falsch übermittelt, zum vollmachtlosen Vertreter wird. Wenn man denselben Fall auf die Empfangsseite überträgt, bietet sich aber auch da keine Anwendungsmöglichkeit für § 180 Satz 3: Der Empfangsbote, der die empfangene Erklärung vorsätzlich entstellt, bildet zwar einen eigenen Willen hinsichtlich des Erklärungsinhaltes, aber dieser Wille ist für die Wirksamkeit der Erklärung unbeachtlich; denn diese ist bereits vor einer solchen Willensbildung und ohne Rücksicht auf irgendeinen dahingehenden Willen als dem Erklärungsempfänger zugegangen zu erachten.

IV. Es ist also festzustellen, daß der angebliche nichtermächtigte Empfangsbote und der vollmachtlose Empfangsvertreter immer Absendungsboten des Erklärenden sind. Ebenso ist zu entscheiden, wenn eine Willenserklärung einer in II, b erwähnten, als stillschweigend ermächtigt anzusehenden Personen abgegeben wird u n d die Erklärung den Umständen nach n i c h t in das durch die Ermächtigung geschaffene Aufgabengebiet gehört. Auch in diesem Fall trennt der Erklärende durch die besondere Eigenart der Erklärung den Empfangenden aus der durch die Ermächtigung und das Aufgabengebiet umgrenzten Rechtssphäre des Erklärungsempfängers heraus und verwendet ihn seinerseits als Boten. Diese Verwendung nimmt dem Empfangenden den Charakter als Empfangsbote und stempelt ihn für diesen Fall ausschließlich zu einem Absendungsboten des Erklärenden. Damit verschiebt sich in diesen Fällen das Gefahrenmoment für das Wirksamwerden der Erklärung nach den Regeln der Absendungsbotenschaft vom Erklärungsempfänger, der es bei der Empfangsbotenschaft trägt, auf die Seite des Erklärenden, wie es in Anbetracht der Besonderheit der Verwendung durchaus billig ist.

§ 8. Die anomale Empfangsbotentätigkeit.

Heftig umstritten ist die Frage der Anfechtung einer Willenserklärung, die der Erklärende zwar richtig dem Empfangsboten aufträgt, die dieser aber garnicht oder entstellt — sei es irrtümlich, sei es absichtlich — dem Erklärungsempfänger ausrichtet.

---

[71]) Sperber S. 57; Franzke S. 71; dagegen Staudinger, Bd. I § 179, S. 906, und Planck, Bd. I § 179 S. 475, die in diesem Fall nur Haftung nach § 823 geben wollen.

I. Ob der Empfangsbote die Willenserklärung seinem Herrn ausrichtet oder nicht, ist nach der hier vertretenen Ansicht unbeachtlich; denn die Willenserklärung ist dem Erklärungsempfänger zugegangen, unabhängig davon, ob sie dieser erfährt oder nicht. Auf einem anderen Standpunkt stehen naturgemäß die Schriftsteller, die für den Zugang die Kenntnis des Erklärungsempfängers verlangen.

II. Schwieriger ist das Problem in dem Fall, daß der Empfangsbote die Willenserklärung seinem Herrn falsch ausrichtet, weil er sie falsch verstanden oder unterwegs teilweise vergessen hat. Hierher gehört auch der Fall, daß der Empfangsbote einen falschen Brief abgibt, wenn eine solche Verwechslung nach Adressierung und Inhalt möglich ist. Die Meinungen darüber, welches die Folgen einer unrichtigen Übermittelung durch einen Empfangsboten sind, gehen auseinander.

a) Eine Ansicht behauptet, die Erklärung sei dann schlechthin nichtig und eine Anfechtung nicht notwendig [72]). Zur Begründung wird angeführt, daß die von dem Erklärenden abgegebenen Erklärung dem Empfänger nicht zugegangen sei, und daher auch nicht wirksam geworden sei. Demgegenüber muß man sich auf den Standpunkt stellen, daß die Willenserklärung mit Abgabe an den Empfangsboten zugegangen ist. Man ist jedoch noch versucht, an den versteckten Einigungsmangel als Grund für die Nichtigkeit zu denken. Insbesondere liegt das bei dem von Stoll [73]) gegebenen Beispiel nahe: A. schickt dem B. eine Wahlofferte über eine Uhr und eine Figur. B. sagt dem Boten des A., er nehme die Figur, dieser richtet aber dem A. aus, B. wolle die Uhr nehmen. Ein versteckter Einigungsmangel liegt vor, wenn zwei Willenserklärungen nicht ineinandergreifen [74]), sondern aneinander vorbeilaufen. Das liegt aber bei diesem Beispiel nicht vor. A. bietet die Figur an, B. nimmt den Antrag durch Erklärung dem Empfangsboten gegenüber an. Die Willenserklärungen greifen also ineinander, denn die Annahmeerklärung des B. ist mit der Erklärung an den Empfangsboten zugegangen — was nachher damit geschieht, beeinträchtigt die Einigung ebensowenig wie wenn der A. selber die Annahmeerklärung über die Figur entgegengenommen hätte und sich dabei verhört hätte oder nachher nicht mehr besinnen könnte, ob B. Figur oder Uhr gesagt hat.

---

[72]) Stoll S. 232; Cosack 4. Aufl. Bd. I § 64 S. 227; anders dagegen 7. Aufl. Bd. I § 97 S. 241.

[73]) S. 233.

[74]) Nicht „übereinstimmende", sondern ineinandergreifende Willenserklärungen führen zum Vertragsschluß.

b) Ist demnach die Erklärung nicht nichtig, so erhebt sich die Frage, ob sie in der Form, wie sie der Empfangsbote überbracht hat oder in der, in welcher sie ihm abgegeben worden ist Wirksamkeit erlangt hat. Man wird zu der letzteren Annahme auf Grund folgender Erwägungen kommen müssen: Wenn der Erklärende sich irrt (§ 119) oder sein Werkzeug den Auftrag falsch übermittelt (§ 120) oder er getäuscht oder bedroht wird (§ 123) und deshalb die Erklärung anders lautet, als es seinem Willen entspricht, so ist der Erklärende grundsätzlich an die von seinem Willen abweichende Erklärung gebunden und muß sich erst durch Anfechtung befreien. (Erklärungstheorie.) Wenn aber der Erklärende eine seinem Willen vollkommen entsprechende Erklärung an einen Empangsboten des Erklärungsgegners abgibt und damit diesem die Erklärung wirksam zugegangen ist, dann kann der Erklärende nur an diese Erklärung gebunden sein, nicht aber an eine so gestaltete, wie sie nunmehr der Empfangsbote irrtümlich dem Erklärungsempfänger ausrichtet. Diese Differenz, die erst nach Vollendung der Erklärung im Verhältnis zwischen Erklärungsempfänger und Empfangsboten entsteht, kann dem Erklärenden als an diesem Verhältnis unbeteiligtem Dritten nicht zugerechnet werden. Die Erklärungstheorie muß hier auch gelten, nur daß es nicht wie bei Willensmängeln allein darauf ankommt, was erklärt worden ist, sondern darauf, wie die Willenserklärung dem Empfangsboten zugegangen ist. Die hier vertretene Ansicht ist auch im Schrifttum vorherrschend [75]). Sie allein entspricht auch der oben vertretenen Ansicht, daß eine völlige Nichtausrichtung nichts an der Wirksamkeit ändere: Es ist klar, daß eine völlige Nichtausrichtung eine stärkere Störung des Rechtslebens bedeutet als eine entstellte Ausrichtung; wenn also diese stärkere Störung ohne Einfluß auf die Wirksamkeit der Willenserklärung ist, kann man der schwächeren nicht irgendeine in Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit bestehende Bedeutung beilegen.

c) Da also die Erklärung so wirksam ist, wie der Erklärende sie abgegeben hat, besteht für ihn kein Bedürfnis zur Anfechtung der Erklärung, die seinem Willen entspricht. Aber auch bei einer gegenteiligen Auffassung wäre für eine Anfechtbarkeit durch den Erklärenden kein Raum; denn § 119 kommt deshalb nicht in Frage, weil der Erklärende bei Abgabe der Willenserklärung nicht irrt, sondern der Empfangsbote die richtig abgegebene Willenserklärung entstellt überbringt. Und darin, daß § 120 für den Empfangsboten seine Anwen-

---

[75]) Staudinger, Bd. I § 120 S. 600; Enneccerus, Bd. I § 157 S. 521; Fischer-Henle, § 120 S. 52; Oertmann, Bd. I § 120 S. 414; Voswinkel S. 397; Planck, Bd. I § 120 S. 320; Leonhard in IJ. Bd. 41 S. 36; Rehbein, Bd. I S. 141.

dung finden kann, ist sich das Schrifttum mit Recht einig [76]). Der Grund hierfür ist, daß § 120 nach seinem Wortlaut und seiner Stellung in der Irrtumslehre nur dann Anwendung finden kann, wenn ein Bote des Erklärenden die Erklärung entstellt, sodaß bei der Willensunfreiheit des Boten diese Entstellung als ein Irrtum in der Erklärung des Herrn des Boten angesehen wird. Der Erklärende aber hat den Empfangsmittler nicht „zur Übermittelung verwendet". Dagegen nehmen eine Anfechtbarkeit gemäß § 120 die Schriftsteller an, die eine Empfangsmittelung leugnen und den Empfangsboten immer als Boten des Erklärenden ansehen.

III. Ebensowenig wie für den Erklärenden kann § 120 für den Erklärungsempfänger Anwendung finden: Denn angefochten werden kann nur eine irrtümlich abgegebene Willenserklärung, nicht dagegen eine irrtümlich empfangene; der Erkärende nur ist in unserem Recht anfechtungsberechtigt, nicht der Erklärungsempfänger [77]). Das ergibt sich eindeutig aus den §§ 119, 123; in unserem ganzen Rechtssystem gibt es keinen Fall, in dem der Empfänger einer Willenserklärung diese anfechten kann. Man muß sich hier immer vor Augen halten, daß es eine fremde Willenserklärung ist, die dem Empfänger zugeht und entstellt ausgerichtet wird; anfechten kann man aber nur eigene Erklärungen. Auch eine analoge Anwendung des § 120 für den Erklärungsempfänger erscheint ausgeschlossen. Es käme nur eine Gesetzesanalogie zu § 120 in Frage, wenn sich aus dieser Vorschrift der Grundsatz ergäbe, daß sich ein Erklärender von den Wirkungen eines falsch arbeitenden Werkzeugs befreien kann. Dieser Grundsatz ist mit § 120 aber nicht ausgesprochen, sondern diese Vorschrift bringt nur den in §§ 119, 120 ausgedrückten Grundsatz zur Geltung, daß eine Differenz zwischen Wille und Erklärung zur Anfechtung berechtigt. Der Erklärende beseitigt also nicht die Tätigkeit des Werkzeugs, sondern seine Erkärung; infolgedessen kann man auch nicht sagen, daß analog zu dem Fall, daß der Erklärende sich von der Tätigkeit des Werkzeugs lösen könne, dies auch der Erklärungsempfänger können muß. Dies wäre nur dann möglich, wenn man den sich aus dem ganzen Irrtumskomplex für die Erklärungsseite ergebenden Grundsatz auch auf die Empfangsseite analog anwenden wollte, wenn man also sagen wollte, der Erklärungsempfänger selbst,

[76]) Fischer-Henle § 120 S. 52; R.G.R.K. Bd. I § 120 S. 132; Enneccerus, Bd. I § 157 S. 521; Staudinger, Bd. I § 120 S. 600; Planck, Bd. I § 120 S. 293; Oertmann, Bd. I § 120 S. 414, u. a. Anderer Ansicht allein Marcus S. 46, der jedoch bei schriftlicher Willenserklärung auch die Anfechtbarkeit ablehnt.

[77]) Staudinger, Bd. I § 120 S. 600; Planck, Bd. I § 120 S. 293; Enneccerus, Bd. I § 157 S. 521; Voswinkel S. 393.

der nicht zuhört oder richtig hinsieht und 100 statt 1000 versteht oder liest, kann diesen E m p f a n g wegen Irrtums anfechten, dann könnte er auch einen Empfang durch einen Boten anfechten. Ein solcher Analogieschluß ist aber abwegig, denn angefochten werden können nach unserem Rechtssystem nur Willenserklärungen, der Empfang aber ist keine solche. Eine andere, garnicht hierher gehörende Frage ist natürlich, ob und wann der Erklärungsempfänger eine seinerseits abgegebene, infolge des entstellten Empfangs nicht seinem Willen entsprechende Erklärung anfechten kann [78]).

IV. Ebenso wie bei einer irrtümlich entstellt überbrachten Willenserklärung ist zu urteilen, wenn der Empfangsbote die Willenserklärung absichtlich entstellt. Es wäre inkonsequent, den Erklärenden, dessen Willenserklärung bei einer irrtümlichen Entstellung durch das Werkzeug des Erklärungsempfängers wirksam ist und der also erreicht, was er will, bei einer absichtlichen Entstellung durch dieses Werkzeug schlechter zu stellen, indem man seiner Erklärung die Wirksamkeit nimmt. Im Schrifttum wird dieser Unterschied zwar bei der Frage der Anfechtbarkeit einer durch einen Absendungsboten entstellt überbrachten Willenserklärung gemacht [79]); dies hat seinen Grund darin, daß man bei absichtlicher Entstellung Nichtigkeit annimmt, da die ursprüngliche Erklärung garnicht zugegangen ist. Auf der Empfangsseite aber ist der Zugang trotz der absichtlichen Entstellung eingetreten, ein Grund für die Nichtigkeit liegt daher nicht vor und damit entfällt auch die Berechtigung, einen Unterschied zur irrtümlichen Entstellung zu machen. Genau so unbeachtlich wie die Tatsache, daß die Willenserklärung infolge Irrtums oder aus Absicht entstellt überbracht wird, muß auch das Maß der Entstellung sein. Denn wenn man auf dem Standpunkt steht, daß eine Willenserklärung auch dann dem Erklärungsempfänger zugegangen ist, wenn sie ihm garnicht durch den Empfangsboten ausgerichtet wird, dann muß sie auch zugegangen sein, wenn statt ihrer etwas ganz anderes ausgerichtet wird.

V. Die Folge der Auffassung, daß die Willenserklärung in der erklärten Form wirksam wird, ist, daß bei einem Vertrage der Herr des Empfangsboten dem anderen Teil auf Erfüllung oder das Erfüllungsinteresse haftet, soweit nicht der Vertrag aus anderen Gründen nichtig ist oder wird. Nach der Ansicht der Schriftsteller dagegen, die entstellt überbrachte Willenserklärungen für nichtig ansehen, hat der

[78]) Vergl. dazu Enneccerus, Bd. I § 192 S. 639, u. § 154 S. 508.

[79]) Enneccerus, Bd. I § 157 S. 521; Staudinger, Bd. I § 120 S. 599, und R.G.R.K. Bd. I § 120 S. 132 wollen bei absichtlicher Entstellung keine Anfechtung geben; dagegen Fischer-Henle § 120 S. 53, und Planck, Bd. I § 120 S. 293.

Erklärende keinen Anspruch auf den Ersatz irgendwelchen Schadens. Die Unbilligkeit dieser Entscheidung empfindet Stoll[80]); er will daher trotz der Nichtigkeit dem Erklärenden einen Anspruch auf Ersatz des Vertrauensinteresses geben, und zwar aus dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo. Maßgeblich sind für ihn Billigkeitserwägungen. Es kann dahingestellt bleiben, ob hier ein Fall der heftig umstrittenen culpa in contrahendo vorliegt; jedenfalls ist kein Raum für eine Haftung aus diesem Gesichtspunkt, da nach richtiger Auffassung der Empfänger viel weitergehend auf das Erfüllungsinteresse haftet. Darin liegt mit Rücksicht auf die Tatsache, daß es s e i n Empfangsbote ist, der die Willenserklärung entstellt hat, nichts Unbilliges; Denn infolge der Abgrenzung durch Ermächtigung und Aufgabengebiet wird verhindert, daß eine Person, die nicht dem Willen und der Überwachung des Erklärungsempfängers untersteht, ihm als Empfangsbote aufgedrängt wird, da eine solche Person Absendungsbote des Erklärenden ist und daher ein Zugang nur bei richtiger Ausrichtung an den Erklärungsempfänger erfolgt. Außerdem aber kann man nicht eine generelle Feststellung nach dem Gesichtspunkt der Billigkeit treffen, sondern damit nur eine Einzelfrage lösen: Was in einem Fall billig ist, kann im anderen unbillig sein.

§ 9. Die Vereitelung des Zuganges an den Empfangsboten.

Als nächste ist die Frage zu erörtern, was gelten soll, wenn der Erklärungsempfänger die Mitteilung der zu übermittelnden Willenserklärung an den Empfangsboten vereitelt. Dabei sind mehrere Fälle zu unterscheiden.

I. Der Erklärungsempfänger kann dem Empfangsboten aus Arglist verbieten, die Willenserklärung in Empfang zu nehmen. Damit dieses Verbot arglistig sein soll, muß der Erklärungsempfänger eine Willenserklärung erwartet haben[81]); darnach werden hier die hauptsächlichsten Fälle der Arglist sein: Der Erklärende und der Erklärungsempfänger hatten vorher vereinbart, daß der Erklärungsempfänger einen Empfangsboten zur Entgegennahme der Willenserklärung bestellen werde. Oder, der Erklärungsempfänger hat eine Willenserklärung zu erwarten und will durch das Verbot an den Empfangsboten verhindern, daß sie fristgerecht zugeht. Dann ist die Weigerung des Empfangsboten, die Willenserklärung entgegenzunehmen, eine Ausführung der Arglist seines Herrn; es ist dann so anzusehen, als

[80]) S. 232.
[81]) R.G. Bd. 110/36.

ob der Herr selbst arglistig die Mitteilung an sich vereitelt hätte. Das folgt aus der Lehre, daß sich die Folgen von Willensmängeln bei der Empfangsbotenschaft nach der Person des Herrn bestimmen. Nur bei diesem braucht also die Arglist vorzuliegen, der Empfangsbote braucht nur in seinem Auftrage die Mitteilung der Willenserklärung an sich selbst tatsächlich zu verhindern. Es ist dabei zu berücksichtigen, daß der Empfangsbote für die Tatsache des Zuganges anstelle des Erklärungsempängers steht, daß sich also hier die Frage, wann zugegangen bzw. vernommen ist, nach der Person des Empfangsboten bestimmt. Dabei ist ferner zu beachten, daß letzter Zweck des Zuganges an den Empfangsboten nicht s e i n e Kenntnis, sondern die Kenntnis des E r k l ä r u n g s e m p f ä n g e r s, also nur die Tätigk e i t des Empfangsboten, seine Verfügungsmöglichkeit ist. Bei der Vereitelung des Empfanges durch den Empfangsboten sind mehrere Fälle denkbar:

a) Die Willenserklärung gelangt infolge seines Widerstrebens überhaupt nicht in die Verfügungsmacht des Empfangsboten; z. B. er weigert sich, einen Brief entgegenzunehmen, er verreist, er holt die Post nicht aus dem Schließfach, er hängt während des Gesprächs den Telefonhörer an. Dazu hat das Reichsgericht in Bd. 110 S. 36 gesagt: „Man mag auf alle Fälle der vorliegenden Art, wo überhaupt keine Erklärung zugegangen ist, den in RGZ. Bd. 58 S. 406 aufgestellten Grundsatz für anwendbar halten, daß bei arglistiger Annahmeverweigerung das Zugehen der Erklärung fingiert wird“ [82]). Das Reichsgericht ist also hier offenbar der Ansicht, daß ein Zugang nicht vorliege, daher die Notwendigkeit einer Fiktion. Diese Ansicht geht fehl: Einmal ist in der Entscheidung in Bd. 58 S. 406 garnicht der Z u g a n g fingiert, sondern die R e c h t z e i t i g k e i t des Zuganges; darüber später. Zum anderen widerspricht diese Ansicht aber gerade der mit § 130 aufgestellten Empfangstheorie. Durch diese Vorschrift sollte ja eben der Fehler der Vernehmungstheorie vermieden werden, nach der es ganz in das Belieben des anderen Teils gestellt war, ob und wann er die Erklärung in Wirksamkeit treten lassen wollte. Durch die vom Reichsgericht vorgenommene Fiktion würde man nur wieder die Vernehmungstheorie anerkennen. Es ist hier dahin zu entscheiden, daß die Willenserklärung dem Erklärungsempfänger zugegangen ist; denn der Erklärende hat alles seinerseits Mögliche getan, um die Verfügungsgewalt des Empfangsboten zu begründen. Daß dieser die Verfügungsmöglichkeit vereitelt, hindert den Zugang eben-

[82]) So auch Warneyer § 130 S. 212; Planck I § 130 S. 336 fordert dagegen hier eine Nachholung der W.E. aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes.

sowenig, wie wenn ein unmittelbarer Erklärungsempfänger einen empfangenen Brief nicht liest oder einer Erklärung nicht zuhört: In beiden Fällen fehlt nur die Tätigkeit des Erklärungsgegners, die Tätigkeit des Erklärenden ist abgeschlossen. Und die erstere ist zum Zugang nicht notwendig [83]).

b) Weiter ist der Fall möglich, daß die Willenserklärung zwar in die Verfügungsgewalt des Empfangsboten gelangt, aber so verspätet, daß trotz rechtzeitiger Absendung eine Frist, innerhalb welcher die Willenserklärung zugehen sollte, versäumt ist; das kann der Empfangsbote im Auftrag des Erklärungsempfängers erreichen, indem er sich bei eingeschriebenen Briefen entfernt oder indem er seine Wohnung aufgibt und verreist oder abschließt, ohne einen Briefkasten anzubringen oder die Post verspätet aus dem Schließfach holt. In diesem Falle der arglistigen Vereitelung rechtzeitigen Zugehens wird von Staudinger [84]) und Titze [85]) die Ansicht vertreten, die Willenserklärung könne und müsse nachgeholt werden; zur Begründung wird entweder angeführt, der Erklärungsempfänger müsse die Nachholung zulassen, ohne aus der Fristversäumnis nach Treu und Glauben Vorteile ziehen zu dürfen, oder auch die Nachholung müsse deshalb — analog zu § 162 Abs. II — gestattet sein, weil der Erklärungsempfänger die Fristversäumnis wider Treu und Glauben herbeigeführt habe. Das Reichsgericht [86]) dagegen bleibt beim Fingieren und vertritt die Auffasung, die Willenserklärung gelte — in analoger Anwendung des § 162 Abs.I — als rechtzeitig zugegangen, da der Erklärungsempfänger den rechtzeitigen Zugang wider Treu und Gauben vereitelt habe. Es fingiert also diesmal nicht den Zugang, sondern die Rechtzeitigkeit. Die Meinung, daß die Willenserklärung nachgeholt werden müsse, ist praktisch unbrauchbar: Woher soll der Erklärende, dessen rechtzeitig abgesandter Brief im Schließfach liegen bleibt oder in der Wohnung des Empfangsboten erst verspätet durch den Postboten abgegeben werden kann, wissen, daß er die Frist versäumt hat und die Erklärung nachholen muß? Und gegen die Verwendung des § 162, sowohl für die Nachholung als auch für die Fiktion des Reichsgerichts ist einzuwenden, daß der Zugang der Willenserklärung zwar eine Bedingung ihrer Wirksamkeit darstellt; das ist aber eine Rechtsbedingung, und auf sie finden die Vorschriften über Bedingungen keine Anwendung. Man kann sie also auch nicht analog anwenden; das wäre nur möglich,

[83]) Enneccerus, Bd. I § 149 S. 489, u. Rspr. OLG. Bd. 32 S. 344.
[84]) Bd. I § 130 S. 545, desgl. Fischer-Henle § 130 S. 61.
[85]) Mißverständnis S. 452; IJ. Bd. 47, S. 379.
[86]) Bd. 58 S. 408.

wenn es sich um keine Rechtsbedingung, sondern um eine der Bedingung ähnliche Erscheinung handelte: Man kann nicht Vorschriften, die nur einen Teil einer Rechtsfigur erfassen, auf den anderen Teil analog anwenden [87]); ich kann nicht § 823 Abs. 1 analog auch auf Vermögensrechte anwenden. Außerdem ist hier dasselbe zu sagen wie oben a), daß nämlich diese Ansichten nur eine Anerkennung der Vernehmungstheorie bedeuten würden und bei richtiger Auslegung des Zugangsbegriffes des § 130 durchaus vermeidbar sind. Hier hat der Erklärende nicht nur wie in dem Fall, daß die Erklärung zurückgewiesen wird, alles seinerseits M ö g l i c h e getan, um die Erklärung in die Verfügungsgewalt des Empfangsboten zu bringen, sondern er hat sie auch t a t s ä c h l i c h dahin gebracht; dieser hat es lediglich an einer Ausübung der Verfügungsgewalt fehlen lassen. Das geht aber den Erklärenden nichts mehr an, genau so wenig wie wenn der Erklärungsempfänger ein in seinen Briefkasten geworfenes Schriftstück nicht liest. Der Erklärende durfte nach seiner Tätigkeit erwarten, daß der Empfangsbote von der Verfügungsgewalt, die er ihm eingeräumt hat, normalerweise Gebrauch macht. Damit hat er aber den Zugang der Erklärung bewirkt, und zwar in dem Zeitpunkt, in dem der Empfangsbote in diese Lage gekommen ist, also noch fristgemäß. Für eine Nachholung oder Fiktion ist kein Raum [88]).

II. Es sind jedoch auch Fälle denkbar. in denen die Vereitelung des Empfanges nicht arglistig, sondern nur schuldhaft geschieht. Hier kommt zunächst nicht ein Verbot an den Empfangsboten und eine diesem entsprechende Tätigkeit in Frage, sondern hier ist der Hauptfall, daß Erkärender und Empfänger in Vertragsbeziehungen stehen, sodaß zwar der Erkärungsempfänger eine Erklärung zu erwarten hat, aber nur aus Nachläßigkeit — nicht aus Arglist — keinen Empfangsboten bestellt. Diese schuldhafte Vereitelung hat das Reichsgericht [89]) von der arglistigen geschieden: Bei dieser fingiert es den Zugang, bei jener verlangt es Nachholung nach § 132 BGB. Nach den vorausgegangenen Erörterungen besteht kein Grund zu dieser Trennung: Wenn man dem Mangel der Tätigkeit des Erklärungsempfängers jeden Einfluß nimmt, wenn man es demnach nicht auf seine subjektive Auffassung, sondern auf das objektive Moment des Zuganges abstellt, dann muß es gleichgültig sein, ob sein Verhalten arglistig oder schuldhaft ist: In beiden Fällen ist die gegnerische Erklä-

---

[87]) David in Gruchot 46 S. 233.
[88]) So Enneccerus, Bd. I § 149 S. 490; David S. 232; R.G.R.K. § 130 S. 154; Planck § 130 S. 335.
[89]) R.G. Bd. 58 S. 409; Bd. 95 S. 317; Bd. 110 S. 36.

rung zugegangen. Ein Grundsatz ist aber aus diesen Entscheidungen über die schuldhafte Vereitelung zu entnehmen: Stehen zwei Parteien in Vertragsbeziehungen, die den Eingang einer Erklärung erwarten lassen, so ist, falls eine andere Art des Zuganges nicht möglich ist, durch Bestellung eines Empfangsboten dafür zu sorgen, daß die Erklärung rechtzeitig zugehen kann.

III. Diese Verpflichtung besteht jedoch nur bei bereits bestehenden vertraglichen Beziehungen, insbesondere bei Kaufleuten in ihrem Geschäftslokal; dagegen hat nicht allgemein jede Person die Pflicht, dafür zu sorgen, daß ihr irgendeine zufällig eintreffende Erklärung immer zugehen kann. So braucht auch z. B. ein Angestellter nicht dafür Sorge zu tragen, daß ihm in dem Werk, wo er angestellt ist, eine Erklärung zugehen kann [90]). Wird also gerade zu der Zeit oder an diesem Ort keine Erklärung erwartet, so ist es nicht schuldhaft gehandelt, wenn kein Empfangsbote bestellt wird. Und in diesem Fall ist die Erklärung auch nicht zugegangen, da nach den allgemeinen Begriffen die Tätigkeit des Erklärenden nicht dem Zugangserfordernis genügt hat.

IV. Es erscheint fraglich, ob abgesehen von den erörterten Fällen, in denen eine Willenserklärung erwartet wurde, der Erklärungsempfänger einer Person, die in der oben § 7, II, b dargelegten Art als stillschweigend allgemeinermächtigt anzusehen ist, den Empfang einer in das Aufgabengebiet dieser Person fallenden Willenserklärung mit der Wirksamkeit untersagen darf, daß sie sich weigern kann, die Willenserklärung zu empfangen und — wenn sie sie doch empfängt — zum Absendungsboten des Erklärenden wird. Oder ob ein solches Verbot schuldhaft ist, so daß die Willenserklärung trotz der Weigerung als zugegangen anzusehen ist. Man wird ein solches Verbot für zulässig halten müssen, denn die Erteilung der Ermächtigung sowie die Umgrenzung des Aufgabengebiets ist in das Belieben des Erklärungsempfänger gestellt; und bei der Gefahr, die die Tätigkeit eines Empfangsboten für den Erklärungsempfängers in sich birgt, wird man ihm zubilligen müssen, eine nur stillschweigend vorliegende allgemeine Ermächtigung durch einen ausdrücklichen Sonderauftrag zu durchbrechen. Der Erklärungsempfänger kann nicht schutzlos der Unzuverlässigkeit eines Empfangsboten ausgeliefert sein.

V. Aus eigener Initiative kann sich ein Empfangsbote nicht weigern, eine Erklärung zu empfangen, die in sein Aufgabengebiet gehört; denn die Grundlage für eine berechtigte Weigerung kann nur die

---

[90]) R.G. Bd. 56 S. 265.

oben IV. behandelte Einschränkung der Ermächtigung sein, der Empfangsbote selber aber kann über den Umfang der Ermächtigung nicht befinden. Eine solche Weigerung ist genau so zu beurteilen wie eine Vereitelung des Zuganges durch ein Verbot des Erklärungsempfängers.

§ 10. Die Vereitelung der Ausrichtung der Willenserklärung vom Empfangsboten an den Erklärungsempfänger.

Es bleibt noch der Fall zu entscheiden, daß der Erklärungsempfänger nicht die Abgabe der Willenserklärung, also den Zugang an den Empfangsboten, sondern das Vernehmen der Ausrichtung der Willenserklärung vereitelt, indem er sich weigert, sich die Willenserklärung von dem Empfangsboten ausrichten oder übergehen zu lassen. Diese Weigerung des Erklärungsempfängers ist gänzlich unbeachtlich: Die Willenserklärung ist ihm mit der Abgabe gegenüber dem Empfangsboten bereits zugegangen. Was nachher mit ihr geschieht, spielt keine Rolle mehr, ob sie der Empfangsbote ausrichtet oder nicht, oder ob sie der Erklärungsempfänger sich ausrichten läßt oder nicht, ist gleichgültig — dies Ergebnis entspricht nur einer folgerichtigen Anwendung der Zugangstheorie.

§ 11. Die verspätete Ausrichtung einer rechtzeitig abgegebenen Willenserklärung.

Schließlich wäre noch der Fall zu erörtern, daß durch eine verspätete Ausrichtung des Empfangsboten dessen Herr eine Willenserklärung, für die er eine Frist gesetzt hatte, erst nach Ablauf der Frist erfährt. Auch dafür ergibt sich die Lösung aus der Zugangstheorie: Die Willenserklärung ist dem Herrn des Empfangsboten in dem Augenblick zugegangen, in dem sie dem Empfangsboten mitgeteilt worden ist, also innerhalb der gesetzten Frist. Wann sie der Empfangsbote ausrichtet, ist gleichgültig.

D. Schluß.

Zum Schluß seien als Ergebnis der Arbeit noch einmal die wesentlichsten Erkenntnisse stichwortartig zusammengestellt:

I. Empfangsbote ist, wer von einem anderen zum Empfang einer bestimmten Willenserklärung ermächtigt ist oder ausdrücklich zum Empfang von Willenserklärungen allgemein ermächtigt ist oder infolge eines besonderen schuld- oder familienrechtlichen Verhältnisses als stillschweigend ermächtigt anzusehen ist und in dem durch diese stillschweigende Ermächtigung gezogenen Aufgabengebiet tätig wird.

II. Der Empfangsbote muß übermittelungsfähig sein.

III. Die Folgen von Willensmängeln, Kenntnis und fahrläßiger Unkenntnis gewisser Umstände richten sich nicht nach der Person des Empfangsboten, sondern desjenigen, der ihn bestellt hat.

IV. Eine Willenserklärung, sei es verkörperte, sei es nichtverkörperte, ist ihrem Erklärungsempfänger zugegangen, wenn sie seinem Empfangsboten zugegangen ist.

V. Richtet der Empfangsbote die empfangene Willenserklärung dem Erklärungsempfänger irrtümlich oder absichtlich unrichtig aus, so ist die Willenserklärung so wirksam, wie sie dem Empfangsboten abgegeben worden ist, ohne daß Erklärender oder Erklärungsempfänger zur Anfechtung berechtigt sind.

VI. Vereitelt der Erklärungsempfänger arglistig oder schuldhaft die Abgabe einer Willenserklärung an den Empfangsboten oder weigert sich dieser unberechtigt, die Erklärung zu empfangen, so ist sie dennoch zugegangen.

Verzeichnis des benutzten Schrifttums.

Aßmann: Die Rechtsstellung des Boten. Berlin 1906.
Becker: Sprachliches und Sachliches zum BGB. In Iher. Jahrb. Bd. 49 S. 1.
Breit, Max: Die Willenserklärung als Äußerung und Leistungsgegenstand nach dem BGB. In Gruchots Beiträgen Bd. 15 S. 637.
Cohn: Der Empfangsbote. Breslau 1927. (Jude)
Cosack: Lehrbuch des BGB. 2. und 7. Auflage.
Crome: System des BGB. Tübingen 1901.
David: Verhinderung bei Abgabe einer empfangsbedürftigen Willenserklärung. In Gruchots Beiträgen Bd. 46 S. 232.
Dernburg: Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts. Halle 1092.
Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch. 3. Auflage.
Enneccerus: Lehrbuch des BGB. 13. Bearbeitung, 1931.
Falkmann: Die Rechtsstellung des Boten. Berlin 1908.
Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch 1932.
Fleck: Der Bote. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 15 S. 337.
Franke: Die unrichtige Übermittelung von Botenerklärungen. Heidelberg 1908.
Franzke: Die Rechtsstellung des Boten, Breslau 1912.
Friedeberg: Die Vertretung im Empfang von empfangsbedürftigen Willenserklärungen, insbes. bei einer Mehrheit von Vertretern. Freiburg.
Fritze: Die Lehre von den stillschweigenden Willenserklärungen im BGB. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 14 S. 181.
Fromm: Der Bote. Berlin 1908.
v. Hachten: Disputatio de nuntio. Respondente Heino v. Hachten. Hamburg 1660. In Lauterbachii Dissertationum academicarum, Vol. III.
Hellwig: Lehrbuch des Zivilprozeßrechts.
— Reichsgerichtliche Judikatur über das Zugehen von Willenserklärungen. Jur. Wochenschr. 1905 S. 356.
Henle: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Hepner: Der Bote ohne Ermächtigung. Erlangen 1908.
Holländer: Die gewillkürte Stellvertretung. Leipzig 1910.
Hölder: Zur Theorie der Willenserklärung. In der Leipziger Festgabe für Degenkolb S. 101.
— Kommentar zum allgemeinen Teil des BGB. München 1900.
Hupka: Die Vollmacht, Leipzig 1900.
Joerges: Zum Recht des Fernsprechverkehrs. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 56 S. 44.
Josef: Unrichtige Übermittelung eines Vertragsangebotes, namentlich im Versicherungsrecht. In Iher. Jahrb. Bd. 59 S. 369.
Jung: Das Wirksamwerden der mündlich an Mittelspersonen bestellten Willenserklärungen. Im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 117 S. 73.
Jüngling: Zur Lehre vom Boten und Stellvertreter. Breslau 1906.
Koppers: Die Vollendung empfangsbedürftiger mündlicher Willenserklärungen. In Gruchots Beiträgen Bd. 46 S. 225.
Last: Fragen der Besitzlehre. In Iher. Jahrb. Bd. 63 S. 71.
Lenel: Stellvertretung und Vollmacht. In Iher. Jahrb. Bd. 36 S. 19.

Leonhard: Allgemeines Schuldrecht des BGB. 1929.
— Die Wahl bei der Wahlschuld. In Iher. Jahrb. Bd. 41 S. 1.
— Anfechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten. Leipzig 1892.
Loewenwarter: Lehrkommentar zum BGB. 2. Auflage.
Manigk: Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. Im 5. Heft der Studien zur Erläuterung des BGB. Breslau 1901.
Marcus: Zur Kasuistik des Botenrechts. Im Recht 1907 S. 44.
Matthiaß: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1899.
Matthiessen: Stellvertretung in der Erklärung. Jur. Wochenschr. 1924, S. 659.
Mitteis: Römisches Privatrecht.
— Lehre von der Stellvertretung.
Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1888.
Oertmann: Kommentar zum BGB. 5. Auflage.
— Zugehen und Vernehmen. Im Recht 1906 S. 721.
Ostwald: Können Mängelanzeigen rechtswirksam an kaufmännische Angestellte abgegeben werden? Jur. Wochenschr. 1922, S. 795.
Planck: Kommentar zum BGB. 4. Auflage.
Plettenberg: Vertreter und Bote bei Empfangnahme von Willenserklärungen. Erlangen 1917.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1898.
Rehbein: Das BGB. Berlin 1899.
Reichsgerichtsräte, Kommentar der —, 9. Auflage.
Rosenberg: Stellvertretung im Prozeß. Berlin 1908.
Rümelin: Das Handeln in fremdem Namen im BGB. Im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 93 S. 150.
Savigny: Das Obligationenrecht als Teil des heutigen Römischen Rechts. Berlin 1853, II. Band.
Schliemann: Beiträge zur Lehre von der Stellvertretung. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 16 S. 1.
Schloßmann: Organ und Stellvertreter. In Iher. Jahrb. Bd. 44 S. 289.
Siméon-David: Recht und Rechtsgang im deutschen Reich. Berlin 1928.
Sperber: Fragen zur Botenlehre. Jena 1908.
Staudinger: Kommentar zum BGB. 10. Auflage.
Stoll: Besprechung von Cohn's „Empfangsboten" im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 131 S. 228.
Titze: Zur Lehre vom Mißverständnis. Berlin 1910.
— Der Zeitpunkt des Zugehens bei empfangsbedürftigen schriftlichen Willenserklärungen. In Iher. Jahrb. Bd. 47 S. 403.
Thiele: Die Kündigung, insbesondere bei Darlehen, nach dem BGB. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 89 S. 138.
v. Tuhr: Allgemeiner Teil des BGB. 1918.
Voswinkel: Die unrichtige Übermittelung von Willenserklärungen durch den Empfangsboten. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 32 S. 386.
Warneyer: Kommentar zum BGB. 1923.
Wieland: Die Ermächtigung zum Leistungsempfang. Im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 95 S. 161.

Lebenslauf.

Am 26. Februar 1912 wurde ich in Gleiwitz O/S geboren. Mein Vater war dort Rechtsanwalt und Notar. Als im Jahre 1920 meine Eltern nach Neisse zogen, besuchte ich dort das staatliche humanistische Gymnasium, wo ich Ostern 1931 die Reifeprüfung mit „gut" bestand. Im Anschluß daran studierte ich in München, Heidelberg und Breslau Rechts- und Staatswissenschaften sowie Volkswirtschaft und legte im Dezember 1934 das Referendarexamen beim Oberlandesgericht in Breslau mit dem Prädikat „gut" ab.

Danach war ich dem Amtsgericht in Schmiedeberg i. Rsgb., dem Land- und Amtsgericht und der Staatsanwaltschaft in Neisse und dem Oberlandesgericht in Breslau zugeteilt; außerdem war ich je ein halbes Jahr bei den Rechtsanwälten Müller und Dr. Stephan in Neisse und bei der Bezirksdirektion der „Oberschlesischen Provinalversicherung" beschäftigt.

Am 3. Oktober 1938 bestand ich in Berlin die große Staatsprüfung mit „gut". Mit Beginn des Jahres 1939 wurde ich von der Reichsfinanzverwaltung übernommen und bin am 1. Oktober 1941 zum Regierungsrat in Hohenstein-Ernstthal ernannt worden.

Ich habe an den Feldzügen gegen Polen und Frankreich teilgenommen und bin als Leutnant im Feldzug gegen Rußland schwer verwundet worden.

Ich gehöre dem NSKK an, bin Mitglied der NSDAP und des NS-Rechtswahrerbundes.

Gerhard Nehlert